



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXX Ciclo

Tesi di Dottorato

**Lo stato di necessità e il suo fondamento.  
Uno studio comparato**

*Relatore Prof.*

*Gabriele Fornasari*

*Dottorando*

*Juan Pablo Castillo Morales*

Diritto e procedura penale e filosofia del diritto

Diritto penale

anno accademico 2016-2017





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidato: Juan Pablo Castillo Morales**

# **Lo stato di necessità e il suo fondamento. Uno studio comparato**

**Relatore: Prof. Gabriele Fornasari**

Anno Accademico 2016-2017



**Indirizzo specialistico in: Diritto e procedura penale e filosofia del diritto**

**XXX ciclo**

**Esame finale: 21/03/2018**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. Donato Castronuovo, Università di Ferrara.**

**Prof. Stefano Fiore, Università del Molise.**

**Prof.ssa. Chantal Meloni, Università di Milano.**



*Alla mia famiglia.*

*A Valparaiso, regina di tutte le coste del mondo.*





## RINGRAZIAMENTI

Vorrei ringraziare, innanzitutto, il mio direttore di tesi, Professore Dr. Gabriele Fornasari, per la libertà di ricerca e per i suoi inestimabili consigli per affrontare nella miglior maniera possibile questo lavoro. Senza la sua fiducia non sarei stato capace di portare a termine questa tesi.

Sono debitore anche nei confronti del Professore Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo, coordinatore del programma di dottorato della *Universidad de Chile* a Santiago, nonché nei confronti della Professoressa Dr.ssa Pamela Prado López, coordinatrice del programma di dottorato presso la *Universidad de Valparaíso*, per avermi ricevuto nei loro atenei nei mesi in cui ho raccolto parte importante della bibliografia citata nella presente indagine. La mia gratitudine va anche al *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Friburgo in Brisgovia, Germania, presso il quale ho avuto la fortuna di condurre parte significativa di questo lavoro.

Un sentito ringraziamento va anche ai miei amici Andrea Perin, Simone Penasa e Giovanni F. Perilongo, per gli opportuni consigli linguistici che hanno reso sicuramente più comprensibili le idee contenute in questa tesi.

La mia gratitudine va alla famiglia Corn-Ventura e a tutti gli amici trentini, la cui infinita tenerezza mi ha fatto dimenticare la mancanza della patria e degli affetti più quotidiani.

Devo ringraziare sentitamente, inoltre, il Professore Dr. Dr. *h.c. mult.* José Luis Guzmán Dalbora. Magari lui non si rende ancora conto di cosa hanno consentito i suoi preziosi consigli. Non dimenticherò mai le nostre conversazioni mentre cercavamo l'ombra in quella caldissima estate trentina nel luglio del 2015, momento in cui — credo — la nostra amicizia si suggellò. È stata sua l'idea che io imparassi l'italiano ed è stato lui a spingermi ad iniziare questa meravigliosa tappa che ora si conclude.

*Last but not least*, vorrei anche ringraziare María Paz Berríos Molina. Ogni pagina di questo lavoro è stata scritta grazie al suo aiuto e al suo sostegno. I motivi del regalo che rappresenta ogni giorno la sua indispensabile e dolce compagnia sono ancora un bellissimo mistero per me. Anche a te va dedicato questo lavoro.

Juan Pablo Castillo Morales  
Trento, 6 novembre 2017



## INDICE

Ringraziamenti.....	IX
Indice.....	XI
<i>Abstract</i> .....	XIII

### INTRODUZIONE. ALCUNE PREMESSE CONCETTUALI E DOGMATICHE.

1. Esiste un principio unificatore in materia di cause di giustificazione?.....	1
2. Lo <i>status</i> iusfilosofico dello stato di necessità: un concetto giuridico generale.....	14
3. Presentazione dello stato odierno del dibattito sul fondamento dello stato di necessità. Brevi cenni sulle teorie minoritarie.....	20
4. Delimitazione dello scopo della presente indagine.....	24

### CAPITOLO I. IL PRINCIPIO DEL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI E IL PRINCIPIO DELL'INTERESSE PREVALENTE.

1. Cenni introduttivi ed un problema non solo terminologico: bilanciamento di beni, valori o interessi?.....	25
2. Descrizione del bilanciamento e la sua presenza all'interno del diritto.....	45
3. Critiche sollevate contro il principio.....	66
4. Risposte alle obiezioni e note su una interpretazione filosoficamente alternativa del principio.....	74
5. Bilancio critico.....	82

## **CAPITOLO II. IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ E LO STATO DI NECESSITÀ GIUSTIFICANTE.**

1. Dalla critica alla proposta: il principio di solidarietà come fondamento dello stato di necessità. La nozione di «sfera di autonomia».....	89
2. La solidarietà e il diritto. La solidarietà come concetto penalistico.....	111
3. È compatibile la nozione di solidarietà verticale con un diritto penale liberale? Il personalismo e l'idea di fraternità.....	130
4. Bilancio critico.....	141

## **CAPITOLO III. IL FONDAMENTO DELLO STATO DI NECESSITÀ IN ITALIA E CILE. OSSERVAZIONI CRITICHE IN CHIAVE COMPARATA.**

1. Delimitazione dell'oggetto del capitolo.....	147
2. La dottrina italiana: «condannata» ad una discussione più elementare.....	148
3. Lo stato di necessità giustificante nel c.p. cileno e la discussione relativa al suo fondamento. Cenni sulla riforma del 2010.....	155
4. Osservazioni in chiave comparata. Cenni <i>de lege ferenda</i> e sui progetti di riforma.....	160

<b>CONCLUSIONI</b> .....	167
--------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	173
---------------------------	-----

## ABSTRACT

La presente ricerca analizza le due impostazioni più note all'interno del dibattito penalistico in tema di fondamento dello stato di necessità giustificante, ovvero la teoria dell'interesse prevalente e la tesi della solidarietà. Nella prima parte di questa indagine si assume come premessa concettuale e dogmatica l'importanza pratica che ha il compito di individuare il fondamento dello stato di necessità, il quale, inoltre, costituisce un concetto giuridico generale, che è possibile riconoscere in altri settori dell'ordinamento giuridico.

Per quanto riguarda la tesi dell'interesse prevalente, questa indagine analizza la sua evoluzione storica e dogmatica. Tale analisi si svolge con lo scopo di valutare se le critiche che da qualche tempo le vengono mosse siano fondate o meno. In particolare, quella riguardante il presunto collettivismo del principio derivato dal fatto che esso sarebbe manifestazione di un utilitarismo incompatibile con la struttura e funzione attribuita al diritto «moderno». Per contro, la tesi sostenuta in questo lavoro consiste nel ritenere che l'interesse prevalente è la manifestazione di una norma di cultura, nozione del resto collegata ad una tradizione filosofica tutt'altro che omologabile all'utilitarismo. La determinazione degli interessi che predominano nei confronti di altri non viene determinata dall'alto, ma è l'esito di un rapporto di tipo orizzontale che sussiste tra i singoli appartenenti ad una data comunità.

Nella parte dedicata al principio di solidarietà, questa indagine svolge una sintesi della sua evoluzione in quanto concetto o principio giuridico, con l'obiettivo di rendere ancora più evidente la critica che viene svolta nella parte finale, ovvero l'essere un concetto che per principio presuppone un rapporto di tipo verticale, cioè un rapporto di potere, il quale risulta piuttosto incompatibile con un diritto penale di stampo liberale. Da questa critica si comprende come il concetto che si propone per dotare di contenuto assiologico il principio dell'interesse prevalente sia quello di «fraternità», ritenuto, d'altronde, un valore essenziale, in un diritto concepito in termini personalistici.

Nell'ultima parte si analizza l'impatto di queste due teorie all'interno del dibattito italiano e cileno.



## INTRODUZIONE

### ALCUNE PREMESSE CONCETTUALI E DOGMATICHE

SOMMARIO: 1. Esiste un principio unificatore in materia di cause di giustificazione?— 2. Lo *status* iusfilosofico dello stato di necessità: un concetto giuridico generale.— 3. Presentazione dello stato odierno del dibattito sul fondamento dello stato di necessità. Brevi cenni sulle teorie minoritarie.— 4. Delimitazione dello scopo della presente indagine.

#### 1. *Esiste un principio unificatore in materia di cause di giustificazione?*

1.1. Una delle fasi dell'attività della dogmatica è quello della *costruzione*. Come accade in altre scienze, il giurista cerca di ricomporre ad una unità le parti che formano l'oggetto di studio e di individuare il tipo di relazione che esiste tra di esse in base ad un principio unificatore, al quale si possa, appunto, rinviare un dato insieme di norme ispirate da uno stesso fine valoriale e che si riproducono diffusamente attraverso tutto l'ordinamento positivo<sup>1</sup>.

Per quanto riguarda il tema delle cause di giustificazione, il menzionato obiettivo — che è stato addirittura qualificato come uno dei suoi problemi fondamentali<sup>2</sup> — costituisce ancora un quesito irrisolto all'interno della scienza penalistica<sup>3</sup>. In effetti non si è riusciti a giungere ad un principio strutturale paragonabile — per il suo significato e per la sua funzione — a quello dell'inesigibilità di agire diversamente nell'ambito della colpevolezza,

---

<sup>1</sup> Si veda G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trad. di W. ROCES, Città del Messico, 1965, pp. 11-12.

<sup>2</sup> Così, ad esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 235.

<sup>3</sup> Si veda, nella dottrina cilena, seppur sia (tuttora) lo stato del dibattito anche in altre latitudini, L. COUSIÑO MAC-IVER, *Derecho penal chileno. Parte general*, t. II, Santiago del Cile, 1979, p. 125.

che sia comune a tutte le scriminanti, che le unifichi ed al quale ciascuna possa essere ricondotta quale concretizzazione particolare del medesimo<sup>4</sup>.

A raggiungerlo non contribuisce certo quella dottrina che rinuncia sin dall'inizio ad individuare questa formula generale. Infatti, vi sono Autori che descrivono tale obiettivo come «utopico»<sup>5</sup>, attribuendogli semmai una funzione didattica ed espositiva, oppure che sottovalutano la sua utilità pratica ed anzi negano al medesimo qualsiasi funzione chiarificatrice. Si rileva, al contrario, che la tendenza moderna — soprattutto quella presente nella manualistica — consiste nell'evitare qualsiasi analisi sistematica della questione<sup>6</sup>.

Tuttavia, non tutti i motivi dello stato della discussione sono riconducibili a questo atteggiamento della dottrina.

Gli ostacoli emergono anche, in primo luogo, dalle difficoltà insite nel problema del carattere dell'illecito, ovvero, se sia una categoria unitaria all'interno dell'ordinamento giuridico o, all'opposto, se ciascun settore di esso possieda un'antigiuridicità speciale.

Quantunque quest'ultima impostazione sia stata largamente rifiutata<sup>7</sup>, merita di essere presa ancora in considerazione, al fine di definire una prima premessa dogmatica e concettuale.

Ispirandosi alla proposta di Roxin di attribuire a ciascun elemento del reato significati e funzioni politico-criminali, Günther — al quale si attribuisce la tesi, pur essendo

---

<sup>4</sup> Cfr. M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Las causas de justificación*, Buenos Aires, 1996, p. 43. In tal senso, l'impossibilità di raggiungere questo proposito si spiegherebbe, per l'appunto, con l'elevatissimo grado di astrazione formale che comporta ritenere che *tutte* le cause di giustificazione si riconducono ad *un solo* principio. Così, H. J. HIRSCH, *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 779-780; di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal*, in *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 3, 2014, in: <http://www.indret.com/pdf/10062.pdf>, 2 luglio 2016, pp. 2-3.

<sup>5</sup> Così, ad esempio, E. CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, Santiago del Cile, 2009, p. 369. Della stessa opinione, C. CREUS, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1988, p. 252.

<sup>6</sup> «Per cercare la calma si è scatenata una tempesta», scrisse L. COUSIÑO MAC-IVER, *op. cit.*, p. 132, prima di trattare, addirittura, le dette «teorie asistematiche della giustificazione» (pp. 132-133).

<sup>7</sup> Cfr. nella manualistica, tra gli altri, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, p. 233; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016, p. 341. Della stessa opinione, M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 56; *in extenso*, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1228-1241.



identificabili autorevoli antecedenti<sup>8</sup> — ritiene che di fronte all'antigiuridicità in generale, derivata dalla filosofia del diritto, esisterebbero alcune antigiuridicità speciali, proprie di ciascun settore dell'ordinamento e subordinate alle funzioni particolari che svolgono in essi. A partire da questa premessa egli distinse tra *cause generali di esclusione dell'antigiuridicità*, che eliminano l'antigiuridicità generale e convertono l'atto (già tipico) in lecito di fronte a tutto l'ordinamento, e le *cause di esclusione dell'antigiuridicità producenti i loro effetti nel solo ambito penale*, che lasciano intatta l'antigiuridicità complessiva della condotta<sup>9</sup>. Attraverso queste ultime, il diritto penale eccezionalmente rinunciarebbe a disapprovare un fatto (tipico ed antigiuridico secondo la valutazione dell'ordinamento in generale) sulla base di ragioni tutte interne alla logica del suo particolare ruolo<sup>10</sup>.

A prescindere dalla classificazione che ne deriva — che non rileva ai fini di questa critica —, è importante constatare che, secondo quest'impostazione, il fondamento delle cause di giustificazione muterebbe a seconda che le si consideri un prodotto dell'ordinamento giuridico nel suo complesso oppure dipendenti dalle esigenze speciali di un dato settore di esso.

Oltre alle riserve più strettamente dogmatiche<sup>11</sup>, la critica rivolta contro questa tesi evidenzia, più che altro, i rischi a livello di certezza giuridica che ne scaturiscono a discapito dei cittadini.

Siccome i giudizi di antigiuridicità potrebbero variare a seconda degli scopi che persegue una data branca dell'ordinamento, si rischia di creare pericolose conseguenze. Ad esempio,

---

<sup>8</sup> Poiché, in effetti, si tratta della logica conseguenza dell'antica tesi che ritiene che il diritto penale avrebbe una natura costitutiva, e dunque un carattere primario. La difesero in Italia, tra gli altri, Carrara e Rocco. Nella seconda metà del secolo scorso la sostenne G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, 97-102. Un'interessante analisi e sintesi storica, di recente, in D. GONZÁLEZ LILLO, *Sobre la naturaleza garantizadora del Derecho penal*, in *Revista de Filosofía y Ciencias jurídicas*, N° 4, 2014, pp. 7-12.

<sup>9</sup> K. GÜNTHER, *Clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*, in D. LUZÓN PEÑA, S. MIR PUIG (a cura di), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho penal*, Navarra, 1995, pp. 45-51. Per una sintesi critica, si veda J. TAVARES, *Teoría del injusto penal*, Trad. di M. PEREIRA, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 109-110; H. J. HIRSCH, *La posizione di giustificazione*, cit., pp. 766-767.

<sup>10</sup> Cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 247.

<sup>11</sup> Ad esempio, quella che ritiene che introdurrebbe nelle cause di giustificazione «specificamente penali» fattori che, in linea di principio, avrebbero un ruolo in materia di colpevolezza o addirittura nell'ambito della punibilità. Insomma, si cancellerebbe la funzione indiziaria dell'antigiuridicità che sono chiamati a realizzare le fattispecie in omaggio al principio di legalità. In tal senso, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale* (a cura di G. FORNASARI, A. MACILLO), Napoli, 2015, p. 117; G. FORNASARI, *op. cit.*, pp. 247-249 e, soprattutto, nota 13.

non vi sarebbe niente che impedisca che i limiti dello stato di necessità — ritenuto da questo approccio, tra l'altro, una causa generale di esclusione dell'antigiuridicità — mutino per legittimare comportamenti arbitrari di un pubblico ufficiale in presenza di diverse «emergenze» (sequestri di persona, terrorismo, ecc.)<sup>12</sup>.

Dal momento che i beni protetti (penalmente, civilmente, amministrativamente, ecc.) restano esposti all'arbitrio degli interventi di chi sia investito di un'autorità (pubblica o privata), la contraddizione interna all'ordinamento giuridico diventa palese<sup>13</sup>. Piuttosto, l'unità dell'illecito impone tracciare con precisione i limiti dell'esercizio del potere statale dalla prospettiva della prevalenza della libertà individuale come espressione tipica o normale del soggetto<sup>14</sup>.

Il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico e la efficacia «universale» delle scriminanti nei confronti di tutti i settori del diritto, dovrebbe dunque essere più che sufficiente per rifiutare la tesi secondo la quale sarebbe l'esistenza di una incommensurabile quantità di norme permissive (penali o meno) ad impedire una sistematizzazione di esse alla luce di un principio (o principi) unificatore<sup>15</sup>. Per lo stesso motivo deve essere rifiutata, del resto, la irrilevanza dell'esigenza di giungere ad una formula generale data la presunta impossibilità di determinare definitivamente (come *numerus clausus*) le scriminanti<sup>16</sup>.

D'altronde, l'area della giustificazione — forse diversamente da quanto accade in altri settori della teoria del reato — è particolarmente permeabile ai mutamenti storici e culturali. Ciò si apprezza chiaramente, ad esempio, nella giustificazione politica dei crimini contro l'umanità (che costringe a fare addirittura breccia nel principio supremo della irretroattività della legge penale) e nella giustificazione culturale derivante dal fenomeno della coesistenza, nello stesso ordinamento, di valori incompatibili ed antitetici<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. gli spunti critici di G. MARINUCCI, «Cause di giustificazione», in *Dig. disc. pen.* (Vol. II), Torino, 1988, pp. 134-136.

<sup>13</sup> Cfr. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 304.

<sup>14</sup> Così, J. TAVARES, *op. cit.*, p. 110.

<sup>15</sup> Così, J. TAVARES, *op. cit.*, p. 309.

<sup>16</sup> In tal senso, C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Trad. di D. LUZÓN PEÑA, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, J. DE VICENTE REMESAL, Madrid, 1997, p. 575; J. D. CESANO, *Antijuridicidad y causas de justificación*, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 126.

<sup>17</sup> Si tratta, com'è palese, di due tematiche che mettono a confronto scriminanti e diritti fondamentali, come sottolinea F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1033-1034.

Quest'ultimo problema si avverte, soprattutto, nei casi di reati culturalmente motivati commessi da persone immigrate oppure dai membri delle cd. *minoranze nazionali*, gruppi cioè organizzati su un territorio da loro storicamente occupato e che hanno subito l'assorbimento coatto da parte di uno Stato più grande. In effetti, in entrambi i casi viene sovente discussa, in merito all'eventuale pertinenza dell'esercizio legittimo di un diritto (*ex* articolo 51 del c.p. italiano ed articolo 10 n. 10 del c.p. cileno), l'applicabilità della legge straniera o della consuetudine indigena come *fonte* appunto del «diritto»<sup>18</sup>. Constatare che un agglomerato di paradigmi e principi del tutto diversi dai quelli che caratterizzano un dato ordinamento statuale possano eventualmente svolgere un certo ruolo al momento di valutare la concretizzazione di una scriminante dimostra le complessità metodologiche nella ricerca del loro principio (o principi) unificatore.

La tecnica legislativa utilizzata da non pochi codici, peraltro, non contribuisce a fare chiarezza nello scopo di raggiungere la quintessenza delle scriminanti. Non di rado il legislatore penale considera opportuno non pronunciarsi su qualificazioni dogmatiche, preferendo invece lasciare all'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza la progressiva emersione delle differenti categorie (così come dei loro principi). Per quanto concerne il caso italiano, ad esempio, dietro la formula «non punibilità» si raggruppano indistintamente cause di giustificazione, scusanti e cause di non punibilità, malgrado il fatto che in essa si celino giudizi di valore profondamente differenti<sup>19</sup> e, soprattutto, possono emergere da essa conseguenze giuridiche diverse tra di loro<sup>20</sup>.

1.2. Nonostante gli ostacoli ed i tentativi di disconoscere o negare l'utilità che avrebbe a livello sistematico arrivare ad un principio unificatore, l'indagine si propone di fornire una soluzione, al contrario, anche a problemi pratici.

---

<sup>18</sup> Si veda, per tutti, e per quanto concerne la discussione italiana, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, pp. 207-208; più dettagliatamente, ID., *Società multiculturali e scriminanti*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti*, Bologna, 2010, pp. 69-94; per la discussione cilena, nondimeno essere praticamente inesistente presso la manualistica, si vedano gli spunti di J. L. GUZMÁN DALBORA, *Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político*, in *Revista de Derecho penal y Criminología* (UNED), 2014, p. 96, nota 8 e, soprattutto, pp. 100-101.

<sup>19</sup> Come sostiene M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 40-41. Si tratta pure della tecnica scelta dai codici argentino, spagnolo e uruguayano. Sul punto, cfr. J. D. CESANO, *op. cit.*, p. 123.

<sup>20</sup> Così, J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HORMAZÁBAL MALERÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Madrid, 2006, p. 117.

Da un lato, l'individuazione della ragione sostanziale delle scriminanti può giovare all'interpretazione del significato dei requisiti di ciascuna di esse<sup>21</sup>. Dall'altro, è determinante per risolvere i casi *materialmente* giustificati, ma che non sono stati espressamente previsti dalla legge.

Non possiamo soffermarci più del necessario sul dibattito relativo alla giustificazione sovralegale come un problema di autointegrazione — e dunque sul complicato dilemma della fattibilità o meno dell'applicazione analogica delle scriminanti — oppure di mera interpretazione della legge. Basti in tale sede sottolineare che non si tratta affatto di una vicenda senza ripercussioni concrete. Ciò si avverte, ad esempio, a proposito della rigida disciplina dello stato di necessità giustificante di cui all'articolo 10 n. 7° del c.p. cileno, il quale prevede l'applicazione della scriminante *solo* nei casi in cui — *ceteris paribus* — il bene giuridico sacrificato sia l'altrui proprietà. L'inquadramento dogmatico e giurisprudenziale dei casi in cui il bene giuridico sacrificato sia un altro diventerebbe ancor più difficile se non si avesse conoscenza attorno della *ratio* sottesa all'istituto delle scriminanti. In caso contrario, nulla potrebbe impedire una sentenza condannatoria, e dunque una risposta che ben potrebbe non soddisfare i criteri di giustizia<sup>22</sup>.

1.3. A nostro avviso, queste particolarità contribuiscono a spiegare, al meno parzialmente, che la questione del fondamento delle cause di giustificazione rimanga

---

<sup>21</sup> In tal senso, E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 253; ID., *Manual de Derecho penal*, Bogotá, 1996, p. 119. Della stessa opinione, P. MIELE, «Cause di giustificazione», in *Enc. dir.* (Vol. VI), 1960, p. 597.

<sup>22</sup> Un risultato simile raggiungono coloro che difendono il cd. effetto preclusivo della causa di giustificazione speciale, cioè l'ipotesi in cui la non applicazione nel caso concreto di essa (data l'assenza di uno dei suoi requisiti specifici) esclude anche la possibilità di far appello alla causa di giustificazione generale, benché ne condivida il principio ispiratore. Per usare un esempio deliberatamente polemico: si pensi alla donna incinta che rischia di morire se non viene interrotta immediatamente la gravidanza, la quale però è praticata da un vicino di casa data l'impossibilità materiale di trovare un medico. Ebbene, secondo questa impostazione non sarebbe possibile ricondurre questa ipotesi allo stato di necessità, nonostante il fatto che esso (come ritiene una parte considerevole della dottrina) e la cd. indicazione terapeutica s'ispirano al principio dell'interesse prevalente. Sul effetto preclusivo si vedano, C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Granada, 2009, pp. 1-10; sul problema specifico dell'aborto terapeutico e l'applicazione dello stato di necessità, si vedano A. CUERDA RIEZU, *Sobre el concurso entre causas de justificación*, in *ADPCP*, t. XLIII, fasc. II, 1990, p. 537 (519-556) e F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado de necesidad y Justificación Penal*, Bogotá, 2009, pp. 73-80.

ancora, per così dire, in uno stato di compromesso dogmatico tra le dette concezioni monistiche e quelle pluralistiche<sup>23</sup>.

a) Secondo il primo modello, tutte le scriminanti andrebbero ricondotte ad unico principio. Tra i suoi fautori più noti devono esser annoverati Sauer — secondo il quale tutte le scriminanti derivano dalla «prevalenza del vantaggio sul danno», ovvero che l'atto si ritiene giustificato se più utile che pregiudizievole per lo Stato ed i suoi cittadini<sup>24</sup> — e Noll, per il quale, invece, tutte le cause di giustificazione si possono ricondurre al criterio del «bilanciamento tra i beni in conflitto»<sup>25</sup>. Nella seconda metà del secolo scorso tale tesi fu sostenuta in Italia, tra gli altri, da Guadagno e Padovani, secondo i quali il principio unificatore è costituito dall'«interesse giuridicamente prevalente»<sup>26</sup>. Di recente, la prospettiva monistica è promossa in Argentina da Zaffaroni, che arriva a sostenere che l'esercizio di un diritto (di cui all'articolo 34 comma 4° del c.p. argentino) sarebbe il principio generale delle scriminanti, mentre le altre ipotesi — tra cui lo stato di necessità e la legittima difesa — sarebbero solo casi particolari di esso<sup>27</sup>. Ciononostante, il suo più noto epigono fu Alexander Graf zu Dohna<sup>28</sup>, che, sulla scia di Stammler, sostenne che tutte le scriminanti sono suscettibili di essere ricondotte alla formula del «giusto mezzo

<sup>23</sup> In italiano, tra gli altri, C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, pp. 339-340; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, pp. 251-252; G. FORNASARI, *I principi*, cit., pp. 251-252; ID., *Il principio di inesigibilità*, cit., pp. 305-306; M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 707-709. In spagnolo si veda, ad esempio, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Madrid, 2005, p. 194, F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2004, pp. 311-312; J. M. RODRÍGUEZ DEVEESA, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1994, pp. 502-503; J. D. CESANO, *op. cit.*, pp. 124-127.

<sup>24</sup> In Italia, della stessa opinione, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale* (a cura di L. CONTI), Milano, 2003, p. 273.

<sup>25</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 251; G. FORNASARI, *I principi*, cit., p. 251, nota 18; C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, A. JUDEL PRIETO, J. R. PINOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho penal*, Navarra, 2006, p. 220.

<sup>26</sup> Così G. GUADAGNO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 1967, p. 245; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 149. Della stessa opinione anche M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., p. 59. Questa impostazione fu difesa in Spagna, ad esempio, da L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal* (pubblicati 7 vol.), t. III (*El delito*), Buenos Aires, 1977, pp. 1064-1065.

<sup>27</sup> *Tratado de Derecho penal* (5 vol.), t. III, Buenos Aires, 1996, p. 581; R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, p. 592. In senso critico verso questa impostazione si è espresso, A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come causa di esclusione dell'illecito penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, pp. 315-340. In Italia, della stessa opinione, R. DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, p. 167 e A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, p. 146; L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto*, Napoli, 1948, p. 126.

<sup>28</sup> A. GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle, 1905, p. 48. Ne coincidono, J. CEREZO MIR, *op. cit.*, Madrid, 2005, p. 194; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 996-1001; G. FORNASARI, *I principi*, cit., p. 251; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 251 e A. SPENA, *op. cit.*, p. 319, nota 10.

(adeguato) per il perseguimento di un fine giusto», adeguato cioè al diritto giusto, ovvero orientato verso l'assoluta convivenza di esseri liberi in quanto liberi o, per dirla con lo stesso Stammler, «comunità di uomini che vogliono liberamente»<sup>29</sup>.

Nonostante le riserve particolari rivolte contro ciascuna di queste formulazioni<sup>30</sup>, la critica che le accomuna riguarda, invece, la loro incapacità di spiegare e comprendere unilateralmente talune scriminanti<sup>31</sup>. Sarebbe proprio ciò che capita, ad esempio, nello stato di necessità, nel caso in cui il bene sacrificato appartenga ad un terzo innocente (il cd. stato di necessità *aggressivo*)<sup>32</sup>.

Como sostenne Cousiño, lo stato di necessità potrebbe perfettamente definirsi come una ipotesi di «collisione di interessi» (Merkel) fondato, a sua volta, sul «principio di protezione dei beni» ritenuti più «utili che dannosi» (Stoos e Sauer, rispettivamente). Successivamente — prosegue Cousiño — «nel bilanciamento dei beni (Stratenwerth) si deve optare per quello di valore prevalente (Binding), diventando in quel modo il “mezzo adeguato per il perseguimento del fine della convivenza” (zu Dohna e Liszt-Schmidt), in grado di «risolvere un conflitto sociale» (Roxin)»<sup>33</sup>.

Da una diversa prospettiva, alla stessa conclusione potrebbero arrivare coloro che ritengono che il cd. stato di necessità aggressivo si fonda, invece, sul principio di solidarietà che obbligherebbe il terzo innocente a tollerare la lesione, ma che viene però graduato (e

<sup>29</sup> Si vedano, M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *op. cit.*, p. 44; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Vol. III: Ottocento e Novecento* (a cura di C. FARALLI), Bari, 2001, p. 222. Sulla formula di Graf zu Dohna, si veda l'acuta osservazione che formula F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 77, nota 158.

<sup>30</sup> Per un'analisi critica della teoria di Graf zu Dohna, nonché del bilanciamento dei beni, si veda, P. MIELE, *op. cit.*, pp. 594-596.

<sup>31</sup> E. BACIGALUPO, *Principios*, cit., p. 253, afferma, infatti, che «l'ordine culturale, previo a quello giuridico-penale, non è un ordine unico di concezioni giuridiche, ma un insieme di ordini che ci stanno, nella loro diversità, dentro dell'ordine costituzionale che garantisce la pluralità». In un senso simile, J. TAVARES, *op. cit.*, p. 309, sostiene che «ridurre tutte le circostanze e le varietà delle cause di giustificazione ad un unico denominatore comune (...) è caratteristico di concezioni totalizzanti o fondate su precetti etici».

<sup>32</sup> Si userà da cui in avanti l'espressione «terzo innocente» per indicare il soggetto che non ha dato causa al quadro necessitante.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 129. La teoria delle cause di giustificazione come strumenti adatti a risolvere «conflitti sociali», la sostiene Roxin, che è stato considerato difensore del modello monistico da G. FORNASARI, *I principi*, cit., p. 251, nota 18. Lo ritengono, invece, fautore dell'approccio pluralistico, C. FIORE, E. FIORE, *op. cit.*, p. 339, nota 8, e J. TAVARES, *op. cit.*, p. 311. La confusione può attribuirsi al diverso approccio presente in due opere diverse dell'Autore. In effetti, in *Politica criminale e sistema del diritto penale* (a cura di S. MOCCIA), Napoli, 1986, pp. 41-42 e 51, sottolinea la funzione politico-criminale delle scriminanti (quella, per l'appunto, di essere adatti a risolvere conflitti sociali). Invece, da una prospettiva nettamente dogmatica distingue almeno cinque principi che spiegherebbero, ad esempio, la legittima difesa e lo stato di necessità. Si veda, C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., p. 575.

quindi convergerebbe a «cofondare» la giustificazione) tramite il principio del bilanciamento dei beni<sup>34</sup>.

b) Il difetto summenzionato rende logico il fatto che la dottrina dominante preferisca spiegare le cause di giustificazione attraverso un modello di tipo pluralistico, ovvero che ricondurre le scriminanti a principi diversi.

Certamente, la risposta pluralistica non è univoca. Infatti, il numero degli approcci pluralistici è abbastanza considerevole, ma sono, a nostro avviso, suscettibili di sistematizzazione a seconda del concetto di reato ed antigiuridicità dal quale tali impostazioni derivano. In tale sede, ci si riferirà esclusivamente a quelle teorie che riteniamo più imprescindibili e che guideranno la presente indagine nei capitoli successivi.

Da un lato, dalla concezione dell'antigiuridicità intesa come lesione o pericolo del bene giuridico ed offesa degli ideali valoriali della comunità nazionale o internazionale<sup>35</sup>, emergono i tentativi di sistematizzazione che rivolgono l'accento sull'idea o nozione di «interesse». Esemplari in tal senso sono i criteri che difesero Jiménez Huerta — che distinse tra le scriminanti in cui l'offesa non avviene e quelle in cui, invece, essa non esiste dalla prospettiva degli ideali valoriali della comunità<sup>36</sup> — e, prima ancora, Max Ernst Mayer, secondo cui le scriminanti si distinsero a seconda del fatto che fossero fondate sull'idea della «lotta contro l'illecito», «riconoscimento dell'interesse protetto» oppure, infine, sulla nozione di «privilegio»<sup>37</sup>.

Ciononostante, come è noto, il suo sostenitore più celebre fu Edmund Mezger, che distinse tra le scriminanti fondate sul cd. «principio dell'interesse mancante» e quelle basate sul cd. «principio dell'interesse prevalente»<sup>38</sup>. Ebbene, all'interno della prima

<sup>34</sup> Si veda, in tal senso, A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Necesidad justificante y solidaridad*, in C. CÁRDENAS ARAVENA, J. FERDMAN NIEDMAN (a cura di), *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago del Cile, 2016, p. 229.

<sup>35</sup> Cfr. M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *op. cit.*, p. 46.

<sup>36</sup> Sotto quest'ultima formula si collocherebbe lo stato di necessità. Per la precisione, le formule usate da Jiménez Huerta sono: «inesistenza di lesione» [*inexistencia de lesión*] e «inesistenza di offesa» [*inexistencia de ofensa*]: cfr. *La antijuricidad*, Città del Messico, 1952, pp. 117 e ss.

<sup>37</sup> *Derecho penal. Parte general*, Trad. di S. POLITOFF LIFSCHITZ, Montevideo-Buenos Aires, 2007, pp. 341 e ss.

<sup>38</sup> Cfr. E. MEZGER, *Diritto penale* (Strafrecht), Trad. di F. MANDALARI, Padova, 1935, pp. 224-225. Lo riconoscono, infatti, come uno dei principali fautori delle concezioni pluralistiche, tra gli altri, M. DONINI, *op. cit.*, p. 708, nota 31; V. BULLEMORE, J. MACKINNON, *Curso de Derecho penal* (t. II, *Teoría del delito*), Santiago del Cile, 2005, p. 54; E. DE TOLEDO Y UBIETO, S. HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general*,

categoria si collocano tutti i casi in cui la volontà offesa nel caso concreto viene meno. Ciò capiterebbe, ad esempio, nel consenso (sia espresso che presumibile) dell'avente diritto. Alla seconda, invece, Mezger riconduce tutte le scriminanti in cui all'interesse concepito come offeso si contrappone, nel caso concreto, un altro interesse, valutato maggiormente, che annulla quello. Questo, infatti, sarebbe il fondamento che spiegherebbe i «doveri prevalenti dell'azione», le «speciali autorizzazioni all'azione» (tra cui lo stato di necessità del diritto civile [ex §§ 228 e 904 del *BGB*], altri stati di necessità e difesa dei propri legittimi interessi), nonché la causa l'illiceità derivante dal cd. «principio generale della valutazione dei beni». Secondo Mezger, da quest'ultimo principio emerge lo stato di necessità giustificante che il Codice imperiale del 1871 non prevedeva espressamente<sup>39</sup>.

Tuttavia, contro tale teoria possono essere rivolte alcune critiche.

In primo luogo, si ritiene che la nozione dell'interesse mancante sia concettualmente inconcepibile, in quanto anche se la vittima coscientemente o incoscientemente non si ritenesse come tale, lo Stato si porrebbe comunque quale soggetto passivo indiretto o ulteriore<sup>40</sup>. Analogamente, ma da un'altra prospettiva, si dice che anche nel caso del consenso dell'avente diritto sussista un conflitto tra interessi: la libertà del cittadino prevarrebbe sulla incolumità di certi beni giuridici<sup>41</sup>. In secondo luogo, si dice che il cd. «principio dell'interesse prevalente» costituirebbe un criterio incapace di autocontrollarsi e — peggio ancora — incompatibile con l'idea del diritto moderno, data la sua forte carica utilitaristica e collettivistica<sup>42</sup>. Insomma, il cd. «principio generale della valutazione dei beni» — dal quale emerge, secondo Mezger, lo stato di necessità giustificante che il Codice imperiale del 1871 non prevedeva<sup>43</sup> — è stato assai criticato da coloro che ritengono che

---

Madrid, 1986, p. 189. Di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, 2017, pp. 36 e ss.

<sup>39</sup> E. MEZGER, *op. cit.*, p. 225.

<sup>40</sup> Così, ad esempio, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 1065.

<sup>41</sup> Cfr. D. LUZÓN PEÑA, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, in *Causas de Justificación*, cit., p. 33 e F. MOLINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>42</sup> L'esattezza di questa critica verrà valutata approfonditamente più avanti, poiché è stata formulata in un ambito più specifico, quello cioè riguardante il fondamento dello stato di necessità giustificante aggressivo. In tal senso, J. WILENMANN VON BERNATH, *El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno*, in *Revista de Derecho*, Vol. XXVII, N° 1, 2014, pp. 228-229.

<sup>43</sup> Critica che per quanto concerne strettamente lo stato di necessità come causa di giustificazione ha un valore piuttosto storico, poiché è previsto espressamente dal § 34 del *StGB* del 1975. Sull'incidenza della giurisprudenza nella riforma del Codice tedesco, si vedano, tra gli altri, G. FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema*



costituirebbe addirittura un criterio extragiuridico e dunque una fonte intollerabile di eccessi giurisprudenziali<sup>44</sup>.

L'importanza di questa impostazione teorica si apprezza dal fatto che, senza maggiori mutamenti, è stata ampiamente accettata da una parte considerevole della manualistica cilena ed anche da quella italiana<sup>45</sup>.

Da tutta un'altra prospettiva, Jakobs difende nell'attualità una classificazione in cui la posizione della vittima dell'intervento diventa la base su cui si erigono i diversi principi che fondano le scriminanti.

In primo luogo, vi sarebbero le cause di giustificazione fondate sul cd. «principio di responsabilità». A questa categoria sono riconducibili quelle scriminanti in cui la giustificazione è la conseguenza di un comportamento di organizzazione della vittima dell'intervento, rispetto al quale essa deve rispondere. Esempi paradigmatici in tal senso sono la legittima difesa e lo stato di necessità *difensivo*. Un secondo insieme di giustificanti si riconducono al cd. «principio degli interessi definiti dalla stessa vittima dell'intervento». In questi casi, invece, è la stessa vittima a definire come non pregiudizievole la lesione o messa in pericolo del suo interesse, come nel caso, ad esempio, del consenso dell'avente diritto. In terzo luogo, vi sono cause di giustificazione ispirate al cd. «principio di solidarietà» in cui ci si rivolge alla vittima dell'intervento a beneficio o vantaggio degli altri. Sotto questo principio si collocherebbe, secondo Jakobs, lo stato di necessità

---

*penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, pp. 34-36; ID., *I principi*, cit., pp. 276-278; F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 386-397.

<sup>44</sup> Paradigmatico in tal senso, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di Diritto penale*, Vol. I, t. I, Milano, 1997, pp. 732-733; ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *ivi*, t. II, p. 1618. Di quest'ultimo saggio, si veda la nostra traduzione allo spagnolo, in cui abbiamo annotato, per l'appunto, il rifiuto del Maestro bolognese ai criteri dell'adeguatezza sociale, del bilanciamento di interessi e del giusto mezzo per un giusto scopo, per essere a suo avviso «strumenti anomali», ovvero extragiuridici: *Relaciones entre dogmática y política criminal*, in *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), N° 10, 2015, p. 47, nota 87. In un senso analogo, di recente, M. DONINI, *op. cit.*, p. 708, nota 32.

<sup>45</sup> Per il Cile, si veda, ad esempio, S. POLITOFF LIFSCHITZ, J. P. MATUS ACUÑA, M. C. RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, Santiago del Cile, 2003, p. 212; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Santiago del Cile, 1998, p. 240; E. CURY URZÚA, *op. cit.*, p. 369; M. GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general* (4 vol.), t. II, Santiago del Cile, 1997, p. 123. In Italia aderiscono a questo criterio, tra gli altri, F. MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 235-236. Analogamente, seppure più cauto nel senso di non sopravvalutare il valore euristico di questo tentativo di sistematizzazione e ritenendo che lo stato di necessità si colloca sotto il principio dell'interesse mancante, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 252. In un senso analogo, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 518.

*aggressivo*<sup>46</sup>. Infine, come vedremo in seguito, tutti i principi summenzionati si misurerebbero attraverso una applicazione invertita del principio di proporzionalità.

Come è evidente, nel sistema proposto da Jakobs la nozione di interesse sparisce completamente. E ciò non dovrebbe sorprendere se consideriamo che nell'impostazione funzionalista da lui sostenuta il compito del diritto penale non è quello di rinforzare attraverso la pena la protezione dei beni giuridici (i quali, inoltre, non inciderebbero affatto né sull'interpretazione né sulla sistematizzazione dello *ius poenale*)<sup>47</sup>, ma piuttosto di assicurare aspettative normative in vista di possibili defezioni<sup>48</sup>.

1.4. Da quest'ultima osservazione si può comprendere che, a ben vedere, qualunque tentativo di sistematizzazione è direttamente collegato alla definizione di reato e, dunque, di antigiuridicità.

Nonostante questa grossa difficoltà è possibile individuare qualche premessa.

Come abbiamo già accennato, si tratta di una indagine con un importante valore pratico<sup>49</sup>. Avere chiarezza in relazione ai principi che ispirano le cause di giustificazione consente di risolvere i casi non previsti esplicitamente dalla legge<sup>50</sup>, evitando, in questo modo, che il problema interpretativo venga risolto tramite una scusante. Questa «uscita d'emergenza» implicherebbe fare *tabula rasa* delle differenze tra l'esclusione della pena che deriva dalla configurazione di una scriminante nei confronti di quella che emerge dalla configurazione di una scusante. Si pensi — per nominarne una — alla questione della comunicabilità degli effetti nel concorso di persone.

In secondo luogo, non ci pare possibile raggruppare tutte le scriminanti in un'unica formula generale. Non vi è, dunque, un «principio unificatore», ma «principi unificatori».

Inoltre, questi principi unificatori prescindono dagli elementi propri di ciascuna scriminante. In altre parole, l'individuazione dei principi unificatori non è incompatibile

<sup>46</sup> G. JAKOBS, *Derecho penal, Parte general*, Trad. di J. CUELLO CONTRERAS, J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1997, pp. 421-422.

<sup>47</sup> Cfr. J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., pp. 177-178.

<sup>48</sup> G. JAKOBS, *Derecho penal*, cit., p. 45; ID., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Trad. di M. CANCIO MELIÁ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ, Madrid, 2003, p. 20.

<sup>49</sup> In senso contrario, F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 312.

<sup>50</sup> Così, ad esempio, S. DI PINTO, *Cause oggettive di esclusione del reato*, Padova, 2004, p. 19.

con la diversità del fondamento privativo di ciascuna causa di giustificazione<sup>51</sup>; altrimenti non avrebbe senso unificare ciò che risponde a bisogni identici<sup>52</sup>. Siccome ciascuna causa di giustificazione presenta elementi ad essa propri — perché diverso è il conflitto che vi soggiace — diventa decisivo non sopravvalutare il valore euristico di questi tentativi di sistemazione ed assumere, al contrario, un approccio che tenga conto delle corrispondenti peculiarità contenutistiche, senza che ciò significhi, beninteso, ritenere che le scriminanti obbediscano a criteri poco stabili o mutevoli<sup>53</sup>. La generalità propria dei principi impedisce che la validità formale di essi sia assoluta; la loro applicazione non è mai, per così dire, «lineare» o «automatica», perché di essi diventa necessario considerare il loro peso nei confronti alle ragioni specifiche che chiariscono o evidenziano l'essenza delle varie scriminanti<sup>54</sup>.

Quest'ultima osservazione diventa evidente se consideriamo che, da una prospettiva puramente qualitativa, i principi possono definirsi come strumenti di ottimizzazione di argomenti che si contraddistinguono per essere suscettibili di completezza in diversi modi<sup>55</sup>. Essi cercano di disciplinare un dato oggetto dentro di un contesto di maggior generalità. Poiché le ragioni specifiche per le singole scriminanti mutano, la validità formale dei principi unificatori non può che essere relativa<sup>56</sup>.

Si tratta di un dibattito che sicuramente rimarrà ancora aperto. La ragione di ciò salta agli occhi: sono coinvolte questioni fondamentali di teoria generale del reato direttamente collegate alle diverse concezioni sul compito del diritto penale e sulle quali prenderemo posizione man mano ci avvicineremo allo scopo specifico di questa indagine.

---

<sup>51</sup> Così, E. LARRAURI, in W. HASSEMER, E. LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho*, Madrid, 1997, p. 77, secondo la quale questo principio sarebbe il cd. principio dell'interesse prevalente.

<sup>52</sup> M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *op. cit.*, pp. 46-47; in un senso analogo, R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 583.

<sup>53</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 252.

<sup>54</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 236; nello stesso senso, C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, p. 339.

<sup>55</sup> Fondamentale in tal senso, R. ALEX, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 106 e ss. Si veda anche, R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 9-11.

<sup>56</sup> Così, sulla scia di Jescheck, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 307, giacché ritiene che questo principio unificatore sarebbe il «bilanciamento di valori in termini di scopo». Si veda anche H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, Trad. di M. OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, pp. 348-349. In un senso analogo, ma senza compromettersi con qualche tesi in particolare, J. BUSTOS RÁMIREZ, H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *op. cit.*, p. 117.

L'importante è non dimenticare che, a prescindere dell'approccio adottato, le cause di giustificazione, disciplinano, in quanto norme permissive, ipotesi che il legislatore ritiene in anticipo escluse dall'intervento statale. In altre parole, lo Stato deve lasciare che i conflitti vengano risolti, in una prima tappa, conformemente all'orientamento che le proprie parti coinvolte li diano loro nel caso concreto. Tutto ciò in omaggio al principio del minimo intervento penale<sup>57</sup>.

## 2. *Lo status iusfilosofico dello stato di necessità: un concetto giuridico generale.*

2.1. Un primo passo verso la specificazione dello scopo della presente indagine — stabilire cioè quali sono le teorie più adatte a spiegare il fondamento dello stato di necessità — consiste nell'individuazione dello *status* dell'istituto all'interno del diritto inteso nel suo complesso.

In sostanza, lo stato di necessità è una situazione di fatto in cui diventa impossibile la sussistenza contemporanea di due o più oggetti protetti dal diritto. La conservazione di uno di essi, dunque, non è possibile senza il sacrificio (in tutto o in parte) dell'altro o degli altri. Perciò, l'atto commesso in stato di necessità sarà genericamente tutto ciò in cui vi è lesione di un bene giuridico, senza la cui verifica un altro bene subirebbe la distruzione, un decremento o un pericolo<sup>58</sup>.

Ciò spiega dunque perché lo stato di necessità non è un istituto giuridico unitario, ovvero rilevante solo per il diritto penale, ma presente piuttosto nei diversi ambiti giuridici<sup>59</sup>, le cui

<sup>57</sup> Così, J. TAVARES, *op. cit.*, p. 314.

<sup>58</sup> Cfr., tra gli altri, F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 401; M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *op. cit.*, pp. 191-192; J. BERNAL DEL CASTILLO, *Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad*, in G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS (a cura di), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pp. 81-82.

<sup>59</sup> Così, tra gli altri, A. TALA JAPAZ, *La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad*, in *Revista chilena de Derecho*, Vol. XIV, N° 2-3, 1987, pp. 313-314, nota 5. Vi è chi, partendo dalla concezione che ritiene che le cause di giustificazione hanno un carattere costitutivo e quindi comune a tutto l'ordinamento, considera tecnicamente adeguato disciplinare lo stato di necessità in una sorta di legge con effetto universale, come quello che ha, almeno per quanto riguarda il caso cileno, il titolo preliminare del Codice civile. Così, E. NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general* (2 vol.), t. I, Santiago del Cile, 2005, pp. 338-341.

norme lo disciplinano autonomamente (tramite una o più istituzioni diverse) di conformità al loro carattere ed alle loro finalità<sup>60</sup>.

Così, abbiamo implicitamente definito quello che intendiamo per concetti giuridici generali. Positivamente essi possono definirsi come quelli che appaiono come comuni a tutti i campi della scienza giuridica, ossia che non sono esclusivi di un qualche ramo del diritto<sup>61</sup>. Costituiscono, a loro volta, una categoria che appartiene a quella più vasta dei cd. «concetti giuridicamente rilevanti». A differenza di quanto accade coi «concetti giuridici fondamentali» — anche detti *a priori*, quelli cioè che permettono logicamente (non fattualmente) l'esistenza del diritto<sup>62</sup> —, i concetti giuridicamente rilevanti sono caratterizzati dal fatto che non vengono creati dalla Dogmatica, ma sono raggiungibili induttivamente da un diritto positivo dato tramite l'analisi e l'astrazione. Proprio perciò riguardano contenuti che nobilitano fini sensibili o *a posteriori*. Si tratta, a ben vedere, della materia prima con cui le norme forgianno il presupposto di fatto presente nelle loro preposizioni giuridiche<sup>63</sup>.

Orbene, da questa base emergono due gruppi di concetti giuridici generali. In primo luogo, vi sono quelli che hanno una base fattuale, in quanto provengono da altri campi del sapere o dalla vita stessa<sup>64</sup>; sovente occupano all'interno delle fattispecie penali il posto degli elementi descrittivi del tipo. In secondo luogo, vi sono quei concetti che, sebbene non siano concetti giuridici fondamentali, hanno un contenuto strettamente giuridico, poiché alludono a diritti, relazioni o istituzioni secondo un diritto dato, potendo essere (a seconda della loro portata) individuali, specifici o generici. Nonostante la sua indiscutibile base

---

<sup>60</sup> Quest'ultimo tratto si apprezza esplicitamente nella descrizione che fa Radbruch sui cd. «concetti giuridicamente rilevanti» (anche detti «concetti sociali»), genere al quale appartengono, per l'appunto, i concetti giuridici generali. Si veda, *Idea y materia de Derecho*, in *Tres estudios de Filosofía del Derecho y una arenga para los jóvenes juristas*, Trad. di J. L. GUZMÁN DALBORA, Montevideo-Buenos Aires, 2013, p. 42, nota 6, *in fine*. Si veda anche, ID., *Introducción*, cit., p. 11. Sottolinea il carattere dello stato di necessità come concetto di teoria generale, A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, p. 13.

<sup>61</sup> Cfr. J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 103.

<sup>62</sup> Così, tra gli altri, J. MILLAS JIMÉNEZ, *Filosofía del Derecho* (a cura di J. O. COFRÉ), Santiago del Cile, 2012, p. 150.

<sup>63</sup> Si veda lo *Studio introduttivo* di G. FERNÁNDEZ, J. L. GUZMÁN DALBORA al saggio di Radbruch citato nella nota successiva, testo e nota 50.

<sup>64</sup> Si veda ancora G. RADBRUCH, *Idea y materia de Derecho*, cit., p. 42, nota 6; ID., *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, Studio introduttivo di G. FERNÁNDEZ, J. L. GUZMÁN DALBORA, Trad. di J. L. GUZMÁN DALBORA, Montevideo-Buenos Aires, 2011, testo e nota 36.

fattuale, lo stato di necessità appartiene, come vedremo in seguito, a quest'ultima tipologia<sup>65</sup>.

2.2. Essendo il diritto penale la branca dell'ordinamento che fornisce la massima protezione giuridica ai beni che la comunità ritiene d'importanza fondamentale per l'esistenza e sviluppo dell'individuo e della società, diventa ovvio che storicamente sia stato esso a studiarlo con maggiore profondità.

Ciononostante, l'incidenza della nozione di «necessità» è piuttosto importante anche in altre campi del diritto.

a) Per quanto concerne il diritto costituzionale<sup>66</sup>, lo stato di necessità viene spesso studiato a proposito del cd. «governo di crisi» o «governo di emergenza»<sup>67</sup>. Secondo l'accezione più frequente, in questo contesto la necessità denota un rapporto con condizioni di emergenza, di disordine o di pericolo generale, in cui diventa indispensabile, al fine di curare i supremi interessi collettivi, che i pubblici poteri ricorrono a rimedi o provvedimenti straordinari, con l'estendersi della coercizione e l'aggravarsi delle restrizioni dei diritti individuali.

Nonostante i suoi innegabili collegamenti, lo stato di necessità costituzionale è ben diverso da quello rilevante per il penale. Come è già stato accennato, nel primo non si è di fronte ad un conflitto accidentale ed isolato nella vita di un uomo<sup>68</sup>. Si tratta piuttosto di un

---

<sup>65</sup> J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., pp. 98 e 102-103.

<sup>66</sup> Sempre all'interno del diritto pubblico, il concetto, nonché i requisiti e la portata della scriminante, sono stati ampiamente discussi in materia di diritto internazionale. Un'analisi di questi aspetti prima della entrata in vigore dello Statuto di Roma, il quale, per l'appunto, prevede l'istituto nell'articolo 31, comma 1°, lettera d), in P. LAMBERTI ZANARDI, «Necessità» (diritto internazionale), in *Enc. dir.* (Vol. XXVII), Milano, 1977, pp. 898-906. Un'interessante ricostruzione storica in cui la scriminante venne chiamata in causa, in J. L. GUZMÁN DALBORA, *El estado de necesidad: ¿justificación de la guerra? Agresión y neutralidad en la primera Guerra Mundial*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 10, 2014, pp. 3-8.

<sup>67</sup> Evidenza il carattere di concetto giuridico generale dello stato di necessità dalla prospettiva del costituzionale, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, pp. 15-16; si veda anche, J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, 2007, p. 940.

<sup>68</sup> Sottolinea di recente questo aspetto, R. GUERRA ESPINOSA, *El estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación del art. 10 N° 11 del Código penal chileno desde la inevitabilidad* (tesi di dottorato), Santiago del Cile, 2015, p. 677

dilemma in cui si deve risolvere un conflitto tra l'esigenza di assicurare l'ordine politico e la garanzia dei diritti privati<sup>69</sup>.

L'importanza della nozione di necessità in questo ambito si avverte per il fatto che in merito sono stati discussi problemi assai spinosi della filosofia politica. Non è un caso, ad esempio, che la necessità venga spesso concepita persino come fonte o fatto di produzione normativa, la quale si rivelerebbe, anzitutto, al momento dell'istaurazione rivoluzionaria di un nuovo ordinamento giuridico oppure come titolo di legittimazione della deroga del diritto vigente. Per quanto concerne la filosofia del diritto penale, d'altronde, l'argomento dell'emergenza rivela anche delle strette connessioni col problema del delitto politico, nonché quello riguardante ai cd. «nemici interni», tutte tematiche il cui trattamento muta a seconda di quale sia il carattere di un determinato Stato<sup>70</sup>.

Ovviamente si tratta di aspetti che non possono essere affrontati esaustivamente in questa sede, ma dai quali emergono conseguenze dirette a livello tecnico-legislativo. La questione relativa a prevedere o meno *a priori* i casi specifici in cui si giustifica l'agire necessario dello Stato a discapito delle libertà pubbliche oppure quella riguardante l'organo competente per dichiarare l'emergenza, sono esempi paradigmatici in questo senso<sup>71</sup>.

Fare chiarezza circa i problemi che l'emergenza costituzionale pone, sia a livello procedimentale che contenutistico, non è meno rilevante se si considera che una delle impostazioni teoriche sul problema del titolo di legittimazione, ovvero sulla fonte della

---

<sup>69</sup> Cfr. S. PEÑA WASAFF, *El estado de necesidad en el Derecho penal chileno y comparado* (tesi di laurea, inedita), Valparaíso, 1974, p. 8.

<sup>70</sup> Infatti, l'indagine storica conferma che i poteri di emergenza assumono figure diverse proprio per correlazione immediata coi caratteri fondamentali dei rispettivi ordinamenti costituzionali. In merito, sull'argomento, si vedano gli spunti di P. G. GRASSO, «Necessità» (diritto pubblico), in *Enc. dir.*, cit., p. 866-867 e 880.

<sup>71</sup> Una manifestazione di questo fenomeno sono le leggi eccezionali ispirate da valutazioni contingenti di pubblico interesse e dal carattere assolutamente anormale di certe condizioni d'emergenza, come capita nel caso della lotta contro nemici interni ed appartenenti ad associazioni ritenute illecite, come la mafia. Questo esempio è assai dimostrativo delle nuove tendenze in merito, nel senso di non intendere *per definitionem* l'emergenza come una situazione in cui la normale distribuzione del potere tra i suoi diversi titolari viene sostituita (come invece ritiene, tra gli altri, K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Trad. di A. GALLEGU ANABITARTE, Barcellona, 1970, p. 284), ovvero nella quale essa verrebbe concentrata nelle mani del Governo. Contemporaneamente a ciò, peraltro, è possibile avvertire che in molte occasioni la gestione continua e quotidiana degli affari correnti viene affrontata tramite certe specie di provvedimenti già definiti come straordinari (oltre che contrari alla *ratio* dei principi), rendendo, di conseguenza, piuttosto confuso i limiti tra la reazione contro l'emergenza o necessità e le funzioni continui dei pubblici poteri. Ciò si apprezza, ad esempio, nel uso attribuito ai decreti legge, i quali vengono applicati come si fossero procedure abbreviate di legislazione ordinaria. Su questi aspetti, si veda, tra gli altri, P. G. GRASSO, *op. cit.*, p. 879.

qualificazione od accertamento *in concreto* della necessità, è quella che ritiene che, in assenza d'una specifica regola di diritto positivo in merito, devono richiamarsi per analogia *iuris* o *legis* le disposizioni circa lo stato di necessità del diritto penale<sup>72</sup>.

A prescindere del dibattito circa quale sia la risposta tecnico-legislativa più compatibile con uno Stato democratico e rispettosa delle garanzie fondamentali dei cittadini, in questa sede basti sottolineare, in ultimo, che lo stato di necessità costituzionale è stato riconosciuto e disciplinato in diversi ordinamenti. Esempi in tal senso sono gli articoli 48 della Costituzione di Weimar, l'articolo 16 della Costituzione della Quinta Repubblica francese e, naturalmente, l'articolo 77, comma 2°, della Costituzione italiana<sup>73</sup>.

b) In materia di diritto privato, specie in diritto civile, la necessità viene frequentemente studiata in un duplice senso, sia come causa di rescissione dei contratti sia come limite della responsabilità extracontrattuale.

La disciplina italiana è un chiaro esempio in tal senso<sup>74</sup>. Infatti, gli articoli 1447 e 2045 del Codice civile prevedono, in due contesti giuridici ben diversi, le conseguenze che emergono dalla necessità. Per quanto concerne la prima disposizione, essa prevede la possibilità di rescissione di un contratto quando una parte è stata costretta a concluderlo a causa di una necessità urgente di salvare sé od altri da un pericolo attuale alla persona. In questo caso la regola si presenta come un rimedio nei confronti allo squilibrio (patrimoniale) delle prestazioni che una delle parti deve realizzare. Come si può apprezzare, la necessità in questo contesto riguarda il processo di formazione della cd. volontà contrattuale<sup>75</sup>.

Per contro, l'articolo 2045 c.c. si colloca nel contesto della responsabilità extracontrattuale, escludendola, per l'appunto, nei casi in cui si verificano i requisiti previsti da essa. In questo caso, si arreca un pregiudizio di carattere patrimoniale contro un terzo estraneo (cioè che non è responsabile dalla situazione di pericolo) per evitare un

---

<sup>72</sup> P. G. GRASSO, *op. cit.*, p. 870.

<sup>73</sup> Su questi esempi, in dettaglio, G. MARAZZITA, *op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>74</sup> Al contrario di quanto accade in Cile, dove il riconoscimento della necessità in sede civile è giurisprudenziale, anziché legale. Si veda, per tutti, V. VIDAL DEL RÍO, *Teoría general del acto jurídico*, Santiago del Cile, 2006, pp. 113-115.

<sup>75</sup> Cfr. G. GIACOBBE, *Legittima difesa e stato di necessità nel sistema della responsabilità civile*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato* [Illecito e responsabilità civile] t. X, Vol. I, Torino, 2000, pp. 68-70.



«danno grave» per colui che agisce costretto dalla necessità. Il pericolo di danno, quindi, deve riferirsi ad una minaccia relativa non a valori patrimoniali inerenti ai beni, ma a valori morali relativi alla persona fisica e soddisfare i requisiti dell'attualità del pericolo, l'inevitabilità dell'azione lesiva ed il presupposto che il pericolo non sia stato causato volontariamente dalla persona necessitata. Questa norma prevede, infine, il diritto del terzo estraneo che subisce il danno a percepire l'indennità fissata dal giudice<sup>76</sup>.

Infine, è utile sottolineare ai fini della presente sintesi che molti aspetti presenti nella disciplina civilistica dello stato di necessità sono stati utili e persino fondamentali in capo ad alcuni dei recenti sviluppi dottrinali dell'istituto in sede penale<sup>77</sup>. Per quanto riguarda la situazione del Cile, ad esempio, la distinzione tra stato di necessità difensivo ed aggressivo — che risale dalla alla disciplina dei §§ 228 e 904 del Codice civile tedesco del 1896 — è praticamente accettata da tutta la dottrina locale e addirittura riconosciuta esplicitamente dal progetto di riforma complessiva del Codice penale del 2014<sup>78</sup>.

2.3. Questo breve e parziale ripasso aveva solo il modesto proposito di confermare la presenza della necessità in altri settori del diritto<sup>79</sup>. Comunque è in grado di dimostrare, a nostro avviso, che molti dei suoi aspetti replicano le complessità che questa nozione ha nel penale. Il modo di rendere compatibile il diritto del terzo estraneo a percepire l'indennità nello stato di necessità civile e il carattere non antigiusdittico dell'azione necessaria di cui all'articolo 2045<sup>80</sup>, così come le difficoltà accennate che pone l'emergenza costituzionale a livello tecnico-legislativo, sono buoni esempi al riguardo.

Come avremo occasione di mostrare nei capitoli successivi, molti dei ragionamenti che sono stati svolti sia nella discussione costituzionalistica sia in quella civilistica, hanno trovato un'eco pure all'interno del dibattito penale.

D'altronde, tener in considerazione il carattere di concetto giuridico generale di questa causa di giustificazione consente di ritenere ancora più ragionevoli quei tentativi di fondare

<sup>76</sup> Si veda, B. INZITARI, «Necessità» (diritto privato), in *Enc. dir.*, cit., pp. 858-561.

<sup>77</sup> Aspetto che, tra l'altro, fu notato decenni fa da L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. IV, p. 294.

<sup>78</sup> Cfr. *infra*, cap. III, § 4. 4.2.

<sup>79</sup> *In extenso*, invece, C. F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, pp. 309 e ss.

<sup>80</sup> Come sottolineano G. AZZALLI, «Stato di necessità», in *Nov. dig. it.*, t. XVIII, Torino, 1957, pp. 367-368 e A. MOLARI, *op. cit.*, pp. 136 e ss. Questo aspetto è stato anche un luogo di forte dibattito presso la dottrina spagnola. Si veda, tra gli altri, E. LARRAURI, *op. cit.*, pp. 62-71

l'istituto che partono da principi la cui presenza non si trova in modo esclusivo nel diritto penale. Infatti, il modo in cui è stato concepito il principio del bilanciamento degli interessi dalla discussione in diritto costituzionale<sup>81</sup> può essere molto utile per affrontare alcune delle critiche gli vengono mosse quando ci si ritiene fondamento della scriminante. Altrettanto si può sostenere rispetto alla teoria che considera che lo stato di necessità aggressivo si fonda sul cd. principio di solidarietà — la cui nozione, tra l'altro, riceve un esplicito riconoscimento da parte della Costituzione italiana<sup>82</sup> —, il quale ha un carattere squisitamente costituzionale e politico<sup>83</sup>.

### 3. *Presentazione dello stato odierno del dibattito sul fondamento dello stato di necessità. Brevi cenni sulle teorie minoritarie.*

3.1. Il compito di svolgere una sintesi dello stato odierno del dibattito sul fondamento dello stato di necessità giustificante richiede di avere chiarezza, innanzitutto, sul fatto che esso è ben diverso dalla discussione preliminare circa la natura giuridica dell'istituto<sup>84</sup>.

Cominciamo con questa osservazione poiché spesso il problema del carattere o natura della scriminante si tratta sotto il titolo del «fondamento»<sup>85</sup> oppure le loro teorie vengono descritte insieme alla discussione sulla *ratio* della liceità dell'azione necessaria<sup>86</sup>. In questo

<sup>81</sup> Una approfondita sintesi si trova in R. BIN, *op. cit.*, pp. 154 e ss.

<sup>82</sup> A proposito dello stato di necessità, evidenzia questo punto in modo pressoché eccezionale nella dottrina italiana, E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem?» *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, pp. 153-156. Si veda anche, U. GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità*, Milano, 1970, pp. 20-22.

<sup>83</sup> Come di recente ha sottolineato F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La solidaridad como principio constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, N° 30, 2012, pp. 139-141.

<sup>84</sup> Contrario, A. TALA JAPAZ, *op. cit.*, p. 316, secondo il quale conviene chiarire il contenuto del cd. principio del bilanciamento dei beni o degli interessi in conflitto prima di occuparsi del carattere unitario o binario dello stato di necessità. Della stessa opinione, D. VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: la «ética del hormiguero»: reflexiones sobre el papel de la eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010, p. 63.

<sup>85</sup> Così, ad esempio, F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 56 e ss.; F. DÍAZ PALOS, «Estado de necesidad», in *Nueva Enc. Jur. Seix*, t. VIII, pp. 904-922; E. MEZZETTI, «Stato di necessità», in *Dig. disc. pen* (Vol. XIII), Torino, 1997, pp. 672 e ss.; L. REGIS PRADO, *Curso de Direito penal brasileiro, Parte Geral*, San Paolo, 1999, p. 207.

<sup>86</sup> Così, ad esempio, J. ARMAZA GALDOS, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Arequipa, 1992, pp. 163 e ss.; D. FUENTES FERRARA, *La ponderación de los males en el estado de necesidad. Criterios aplicables a la legislación nacional*, Santiago del Cile, 2009, pp. 72-82; M. JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, pp. 314 e ss., il che tratta questo problema, per l'appunto, col titolo «Naturaleza jurídica y fundamento», ma non stabilendo la linea divisoria tra entrambi i problemi. Vi è chi parla, addirittura, del «fondamento della natura giuridica»

modo, tuttavia, si confonde la questione riguardante il luogo che ha questo istituto all'interno della teoria del reato e quella relativa al principio che fonda la giustificazione della condotta<sup>87</sup>.

Quanto al primo punto, non vi è dubbio che al momento predomina la cd. *teoria della differenziazione*, ovvero quella che considera il doppio carattere scriminante e scusante dello stato di necessità<sup>88</sup>. Com'è noto, il trattamento differenziato ritiene che la necessità fa venir meno l'antigiuridicità dell'atto, nei casi in cui il bene giuridico leso è di minor valore rispetto a quello salvaguardato, oppure la colpevolezza del soggetto, quando, non dandosi il suddetto presupposto nella ponderazione, è in grado di incidere sul processo di formazione motivazionale del soggetto in presenza di circostanze eccezionali.

Ebbene, è stato così forte il suo predominio teorico che nell'attualità molti ordinamenti si sono adattati e strutturati alla luce dei suoi presupposti. Molto probabilmente, il paradigma di questo asserto è dato dal *StGB* del 1975 — il quale prevede due disposizioni diverse per disciplinare lo stato di necessità giustificante (§ 34) e quello scusante (§ 35) — e sembra essere, a sua volta, anche la scelta legislativa che ha preso il c.p. cileno nel 2010, come avremo occasione di osservare più avanti.

Il caso italiano è invece diverso. Il c.p. dedica solo una disposizione — l'articolo 54 — allo stato di necessità. A nostro avviso, questo dato legislativo spiega il fatto che la discussione locale si sia storicamente concentrata in modo pressoché esclusivo sul problema del carattere (ovvero, la natura) dello stato di necessità, ed è stata una causa determinante della impermeabilità della dottrina italiana nei confronti degli sviluppi

---

dello stato di necessità. Si veda, J. BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 85. Presso la dottrina italiana, tale confusione si avverte, a nostro avviso, in R. MAZZON, *Le cause di giustificazione*, Padova, 2006, pp. 76 e ss.

<sup>87</sup> Distinguono correttamente i due problemi, F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 402; M. GARCÍA SOTO, *El estado de necesidad en materia penal*, Santiago del Cile, 1999, pp. 74 e ss.

<sup>88</sup> Sul lungo percorso che questa costruzione svolse prima di consolidarsi, si veda F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 56 e ss. Difende, invece, il suo carattere unitario come causa di giustificazione, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979, pp. 61-63. Dello stesso autore, si veda anche, *Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, e *Prólogo* al libro *La colisión de deberes en el Derecho penal*, di Antonio Cuerda, entrambi i lavori in *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 218-230 e pp. 231-239.

raggiunti — certamente, affatto concludenti<sup>89</sup> — dalla scienza penalistica internazionale, particolarmente quella tedesca o spagnola<sup>90</sup>.

Per motivi che sono già stati abbondantemente approfonditi<sup>91</sup>, la presente indagine muove dalla premessa dell'esattezza del trattamento differenziato e si propone di analizzare criticamente — come specificheremo in seguito — le teorie ritenute più importanti sul fondamento dello stato di necessità giustificante.

3.2. A questo punto, il riferimento accennato poco prima al contributo della discussione civilistica al discorso penale necessita di una ulteriore considerazione, vista l'importanza che ha avuto a proposito del fondamento dello stato di necessità giustificante.

La distinzione civile tra stato di necessità giustificante aggressivo e difensivo gode nell'attualità di una considerevole accettazione nel discorso svolto da una parte importante della scienza penalistica degli ultimi decenni. Tuttavia, e per motivi che svolgeremo ulteriormente, non è stato il caso italiano. Infatti, la dottrina penalistica italiana non la considera proprio oppure lo fa solo quando descrive il quadro di norme civili dello stato di necessità tedesco<sup>92</sup>, il che rende difficile, dunque, che essa consideri che la sua distinzione è ritenuta *mutatis mutandis* perfettamente fattibile in ambito penale.

Il fatto di mettere al centro dell'attenzione la posizione di colui il quale subisce la necessità ha condizionato in modo determinante l'impostazione con il quale questo argomento veniva tradizionalmente trattato. In effetti, il paradigma non è più quello dualistico che distingueva semplicemente tra legittima difesa e stato di necessità, ma piuttosto quello che distingue, a seconda del tipo di collegamento esistente tra il pericolo e

---

<sup>89</sup> Come giustamente sottolinea J. WILENMANN VON BERNATH, *El fundamento del estado de necesidad*, cit., p. 216, lo stato di necessità è in sé un istituto problematico, e quindi è normale che la sensazione di crisi sia piuttosto permanente.

<sup>90</sup> Genera qualche perplessità il fatto che, in genere, il dibattito italiano sulla natura giuridica e il fondamento di questa figura non tenga presente la discussione spagnola, specialmente se teniamo in considerazione che entrambi i codici, per così dire, si «autoimpongono» la stessa difficoltà interpretativa, disciplinare cioè lo stato di necessità in una sola norma. Così, S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcellona, 2005 p. 453. Una breve descrizione della disciplina spagnola nella dottrina italiana, in F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 95-98. Si veda anche, G. FORNASARI, *Osservazioni critiche in chiave comparata sulla disciplina delle scusanti nel nuovo Codice penale spagnolo*, in *Ind. Pen.*, 1998, pp. 1121-1126.

<sup>91</sup> Si veda, ancora, F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 56 e ss.

<sup>92</sup> Così, F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 71-72, 314, 371-372, 380, 392-394.

il soggetto che subisce lesione del suo interesse, tra legittima difesa, stato di necessità difensivo e stato di necessità aggressivo<sup>93</sup>.

Come si può intuire, questo nuovo approccio ha cambiato notevolmente il panorama di opinioni in materia ed è stato capace di mettere in crisi la concezione predominante almeno dal XIX secolo: la teoria dell'interesse prevalente<sup>94</sup>. La distinzione tra stato di necessità difensivo e aggressivo parte, invece, da un'altra prospettiva: il concetto di *sfera di competenza*<sup>95</sup>. Dalla nozione di competenza, a sua volta, derivano i principi che fonderebbero queste due modalità di stato di necessità. Nel caso della versione difensiva, siccome colui che subisce la lesione dell'interesse «è in qualche modo responsabile per la fonte di pericolo»<sup>96</sup> (il quale, però, non deriva da una *offesa ingiusta*, per cui la remissione alla legittima difesa non sarebbe corretta) il principio che legittimerebbe l'azione necessitata è costituito dalla nozione di responsabilità per l'organizzazione della corrispondente sfera di competenza. La situazione è diversa nel caso dello stato di necessità aggressivo. In questa ipotesi il danneggiato è un terzo assolutamente estraneo alla fonte di pericolo, per cui non si può parlare, *stricto sensu*, di difetto nell'organizzazione della sua sfera di competenze, ma sì, invece, delle ragioni di solidarietà (indispensabile per garantire la vita in comunità) che gli imporrebbero doveri di tolleranza di fronte a certe intrusioni nella sua sfera di libertà, e che si traducono, in sostanza, nel divieto di reagire difensivamente<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Registra questo cambiamento concettuale, F. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcellona, 1994, pp. 20-21.

<sup>94</sup> In tal senso, di recente, I. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcellona, 2016, p. 509.

<sup>95</sup> Come ben sintetizza, di recente, A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Solidaridad en el tráfico motorizado. El delito de omisión de auxilio en caso de accidente*, in *Doctrina y jurisprudencia penal. Relevancia jurídica del tráfico vial. Principales problemas y guías de solución*, Santiago del Cile, 2014, p. 198.

<sup>96</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, p. 23. Un'altra discussione è quella sul tipo di rapporto o collegamento tra il soggetto dal quale emerge il pericolo e il pericolo stesso. Una sintesi delle principali teorie, in I. COCA VILA, *Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo*, in *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, 2011, in: <http://www.indret.com/pdf/789.pdf>, 14 giugno 2016, pp. 6-14.

<sup>97</sup> Si veda, ancora, F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, p. 22. Nello stesso senso presso la dottrina cilena, A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Caso "Agresor dormido. El problema del «tirano doméstico»"*, SCA San Miguel, 27/03/2013, Rol N° 133-2013, in T. VARGAS PINTO (a cura di), *Casos destacados. Derecho penal*, Santiago del Cile, 2015, p. 350.

3.3. Nel complesso, a nostro parere, è questo il quadro attuale di opinioni in merito. In passato rimangono, a causa delle deficienze spesso evidenziate dalla dottrina<sup>98</sup>, quelle antiche teorie che, non prendendo posizione sul carattere oggettivo o soggettivo dell'istituto, ritennero che la ragione dell'impunità si ricondusse ad una sorta di ritorno allo stato di natura<sup>99</sup>, al fatto che lo stato di necessità rimarrebbe fuori del diritto penale oppure che in casi di questo genere la repressione diventa inutile<sup>100</sup>. Altrettanto si può sostenere rispetto ad altre impostazioni che, inclinandosi per il carattere esclusivamente oggettivo dello stato di necessità, rinviavano il discorso del fondamento all'idea di un presunto mandato dello Stato ai privati per svolgere delle pubbliche funzioni<sup>101</sup> oppure ad una sorta di collaborazione dei singoli con la funzione di assistenza pubblica<sup>102</sup>.

#### 4. *Delimitazione dello scopo della presente indagine.*

L'obiettivo principale della ricerca consisterà nel descrivere criticamente il tema del fondamento dello stato di necessità come causa di giustificazione. In particolare, si analizzeranno le proposte teoriche ritenute più significative a livello dottrinario, ovvero, quella che individua il fondamento di questa causa di giustificazione nel cd. principio dell'interesse prevalente e quella — al momento predominante nel dibattito tedesco — che ritiene che lo stato di necessità giustificante aggressivo si fondi sull'idea o principio di solidarietà.

Ebbene, lo studio si focalizzerà sugli aspetti propriamente generali delle suddette teorie. In questo contesto si misurerà, ad esempio, l'esattezza della critica che viene mossa alla teoria del bilanciamento degli interessi, ovvero, se essa sia o meno manifestazione di una filosofia utilitaristica — e, perciò, incompatibile col concetto contemporaneo di diritto —,

<sup>98</sup> Per una adeguata sintesi della critica rinviamo a L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. IV, pp. 329-335.

<sup>99</sup> La quale risale a Ugo Grozio. In dettaglio, F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 41.

<sup>100</sup> Si tratta di quelle teorie che la dottrina descrive indistintamente sia a proposito della natura giuridica sia in materia di fondamento dello stato di necessità. Siccome esse non si pronunciano rispetto alla natura oggettiva e/o soggettiva dell'istituto — e proprio per questo motivo vengono spesso denominate «teorie neutrali» — non possiamo rivolgerle la critica della confusione tra natura giuridica e fondamento (*vid. supra*, § 3., 3.1.). Cfr. F. DÍAZ PALOS, *op. cit.*, pp. 906-907.

<sup>101</sup> Cfr. M. JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, p. 316.

<sup>102</sup> Cfr. E. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, p. 89.

le ripercussioni dogmatiche del concepire lo stato di necessità come un conflitto d'interessi e non (o non solo) come un conflitto tra beni giuridici riconosciuti dall'ordinamento, i rapporti tra solidarietà e diritto penale, i problemi di precisazione del concetto stesso di solidarietà, la presunta mancanza di carattere liberale di questo concetto e il modo in cui questa obiezione possa essere superata tramite l'idea di fraternità. Di conseguenza, la prima Parte (capitoli I e II) non tratterà tutte le teorie esistenti sul fondamento dello stato di necessità. Peraltro, in questa fase dello studio si prenderà in particolare considerazione il dibattito penale tedesco, nonché la filosofia utilitarista, la filosofia dei valori e quella che si è occupata del concetto di solidarietà.

Partendo dagli spunti sviluppati nella parte propriamente teorica dello studio, la seconda Parte (Capitolo III) del presente studio si focalizzerà sulla disciplina cilena ed italiana dell'istituto. In questa fase dell'indagine si tenterà di risolvere la questione del fondamento concreto dello stato di necessità così come agli articoli 10 n. 7 e 54, rispettivamente del c.p. cileno e di quello italiano.

Per quanto riguarda la disciplina cilena, si descriverà la riforma del 2010 che ha introdotto nel c.p. una nuova forma di stato di necessità (di cui all'articolo 10 n. 11, e sulla cui natura giuridica — scriminante e/o scusante — non esiste ancora consenso) e che costituisce, a nostro avviso, una delle cause della riapertura del dibattito sulla questione del fondamento di questa causa di giustificazione.

Nello stesso modo, al trattare la situazione italiana, lo scopo di questa indagine consisterà nel evidenziare i modi in cui il tema della natura giuridica dell'istituto si collega a quello del fondamento. Successivamente si analizzerà la lettura tradizionale (lo stato di necessità giustificante si fonda nel principio della prevalenza del bene giuridico più importante) e se sia possibile (e, se possibile, in quale misura) una reinterpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 54 se si tenesse conto dell'articolo 2 della Costituzione, che disciplina, appunto, i doveri di solidarietà politica, economica e sociale.

Tutto questo esame, per così dire, *de lege lata*, si svolgerà tramite un confronto costante tra le due discipline, in modo da individuare i profili comuni e le differenze tra i due ordinamenti in tale ambito.

Infine, nella parte finale dello studio saranno sintetizzati i risultati dell'analisi precedente allo scopo di pervenire ad una ricostruzione del concetto di stato di necessità e del suo fondamento.



## CAPITOLO I

### IL PRINCIPIO DEL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI E IL PRINCIPIO DELL'INTERESSE PREVALENTE

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi ed un problema non solo terminologico: bilanciamento di beni, valori o interessi? — 2. Descrizione del bilanciamento e la sua presenza all'interno del diritto. — 3. Critiche sollevate contro il principio. — 4. Risposte alle obiezioni e note su una interpretazione filosoficamente alternativa del principio. — 5. Bilancio critico.

1. *Cenni introduttivi ed un problema non solo terminologico: bilanciamento di beni, valori o interessi?*

1.1. Oltre ai problemi interpretativi — più o meno spinosi — che derivano dalle discipline concrete in materia di stato di necessità, una delle principali difficoltà che incontrano gli sforzi d'individuazione del fondamento specifico di questa scriminante risiede nello scarso interesse che la dogmatica dedica alla questione. Tale difetto, apprezzabile in modo particolare nella manualistica, nasce dal fatto che la discussione si concentra soprattutto su quale sia il principio unificatore — ammesso ce ne sia solo uno — condiviso da tutte le cause di giustificazioni. Lì è dove si svolgono, con un grado maggiore o minore di approfondimento (e insieme al resto delle scriminanti), tutti i tentativi di fondare lo stato di necessità. Frequentemente, la dottrina che si dedica all'istituto si limita a evidenziare le sue differenze rispetto alla legittima difesa, oppure ad analizzare la bontà della tecnica legislativa scelta per disciplinarlo<sup>1</sup>. Questo spiega perché, tra le altre cose,

---

<sup>1</sup> Così, tra gli altri, P. PISA, «Cause di giustificazione», in AA.VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, pp. 282-283 e 303-306; D. PULITANÒ, *op. cit.*, pp. 265-272; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 290; V. BULLEMORE, J. MACKINNON, *op. cit.*, p. 56; A. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *op. cit.*, p. 249.

l'analisi dedicata specificamente al fondamento della scriminante si esaurisce in un mero rinvio alla discussione sui principi che ispirano la mancanza dell'antigiuridicità in generale.

Questo, che non è un problema metodologico in sé, diventa un autentico scoglio nel momento in cui s'avverte che anche in quest'ultimo ambito il trattamento dogmatico non è particolarmente approfondito. La dottrina si limita a nominare i principi ispiratori delle scriminanti — principio dell'interesse mancante, principio dell'interesse prevalente, principio di non contraddizione, e via dicendo — senza ulteriori approfondimenti, ovvero senza spiegare le loro radici dogmatiche o filosofiche<sup>2</sup> né, a maggior ragione, le critiche che gli vengono mosse. Tanto è vero che alcuni Autori ritengono che, almeno in Italia — e l'affermazione potrebbe, *mutatis mutandis*, essere estesa anche al caso cileno —, manca una vera e propria teoria generale delle cause di giustificazione<sup>3</sup>.

Per quanto concerne in particolare il cd. principio dell'interesse prevalente, a siffatte difficoltà va aggiunto che in merito sono stati formulati giudizi estremamente categorici e contrastanti i quali, lungi dall'aiutare a fare chiarezza, non spiegano a capire perché, in quanto fondamento della scriminante, l'azione necessaria viene alla fine giustificata.

Jiménez Huerta, ad esempio, nella sua ormai classica monografia sull'antigiuridicità, sostenne persino che «la liceità della condotta che salva un bene giuridico di valore sociale prevalente mediante il sacrificio di un altro bene giuridico di valore inferiore dev'essere sempre affermata, poiché ciò emerge dall'essenza medesima del diritto»<sup>4</sup>. In essa — aggiunse l'Autore — sarebbe insita l'idea del fine che si concretizza nel principio dell'interesse prevalente<sup>5</sup>. Ora, individuare qual è siffatta essenza era un obiettivo a cui l'Autore poteva solo giungere indirettamente e parzialmente, giacché nel suo concetto di antigiuridicità — tra l'altro del tutto condivisibile —, il diritto fungeva *solo* da indice di valutazione di ciò che si proponeva di decifrare, cioè l'atto umano che è in grado di ledere

<sup>2</sup> Nonostante si tratti di un cenno senza ulteriori approfondimenti, una eccezione in tal senso si trova in F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 402 e F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 261. Per quanto riguarda la dottrina cilena, si veda L. COUSIÑO MAC-IVER, *op. cit.*, pp. 346 e ss.

<sup>3</sup> Così, ad esempio, F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., pp. 1035 e ss. La tesi dell'Autore consiste nel ritenere che l'impatto dell'impostazione di Bricola in tema di scriminanti sia stato piuttosto limitato, e che esso si sia concentrato, invece, sulle cause di non punibilità (in senso stretto); in un senso analogo, A. FIORELLA *Le cause di giustificazione nel pensiero carrariano*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, 1991, p. 328.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 316. Il corsivo è nostro.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 338.

un bene giuridico e di offendere i valori della comunità<sup>6</sup>. In altre parole, l'analisi di Jiménez si concentrava solo su uno dei due elementi del rapporto — l'atto umano — dalla cui contraddizione col diritto emerge il concetto di antigiuridicità.

Orbene, se già è una grande sfida per la filosofia giuridica (ma, in qualsiasi modo, fattibile dal punto di vista cognitivo) trovare un concetto di diritto, avvicinandosi alla sua *essenza* e da lì ricostruire filosoficamente e dogmaticamente il principio dell'interesse prevalente, il penalista da parte sua non può che provare sconcerto allorché Bricola qualifica tale principio addirittura come «strumento anomalo» o, in parole meno drastiche ma comunque rilevatrici, «extra giuridico»<sup>7</sup>.

1.2. Tuttavia, al dissenso relativo alla legittimazione stessa del principio si aggiunge un ostacolo previo. Spesso la dottrina parla indistintamente di bilanciamento di beni, degli interessi o dei valori<sup>8</sup>, non considerando che dall'uso di una formula al posto di un'altra possono derivare delle rilevanti conseguenze dogmatiche<sup>9</sup>. Ciò che invece si apprezza in

<sup>6</sup> *Op. cit.*, pp. 17-24 e p. 9. Il corsivo è nostro. Non vogliamo dire che fungere «solo» da indice abbia una nota di alcunché di secondario o meno importante, ma sottolineare che il proposito dell'Autore era semplicemente analizzare il problema solo dalla prospettiva dell'atto umano. Su questo concetto di antigiuridicità, si veda *infra*, § 4.

<sup>7</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 732-733. In un senso analogo, A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1966, p. 91. A nostro avviso, la severità dell'aggettivo non si può relativizzare nemmeno tenendo in considerazione il contesto nel quale esso viene pronunciato. Bricola, un convinto oppositore dell'estensione analogica delle cause di giustificazione, riteneva che il principio dell'interesse prevalente (ma anche quello del giusto mezzo per il giusto scopo e quello dell'adeguatezza sociale, tutti, tra l'altro, di conio tedesco) venisse usato ogni volta più spesso dai giudici quale strumento di composizione in chiave di liceità per risolvere i conflitti che altrimenti sarebbero rimasti insanabili alla stregua delle scriminanti codificate, la cui disciplina evidenziava la enorme distanza tra i principi fascisti e le direttive della Costituzione repubblicana, rivelatrici dei cambiamenti della società. Ciononostante, pochi anni dopo Bricola sembra assumere senza maggiori riserve la *summa divisio* mezgeriana, quella cioè che distingue le scriminanti a seconda che siano fondate al cd. principio dell'interesse mancante oppure al principio dell'interesse prevalente. Si veda, al riguardo, *Legalità e crisi*, in *Scritti*, cit., pp. 1329-1330. Anche F. PALAZZO, *Costituzioni e scriminanti*, cit., pp. 1046-1047, fissa una evoluzione delle cause di giustificazione a partire dal rapporto tra il Codice fascista e la Costituzione repubblicana.

<sup>8</sup> Così, tra gli altri, K. SEELMANN, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, Heidelberg-Amburgo, 1978, p. 32; G. INSOLERA, *Riflessioni sullo stato di necessità*, in *La questione criminale*, N° 1, gennaio-aprile 1980, p. 69; J. BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 85; D. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcellona, 1978, pp. 308 e ss.; F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., p. 312, in cui si parla del principio dell'interesse prevalente ma anche del principio del bilanciamento di beni. Constata questo uso indiscriminato dei termini, J. C. CARBONELL MATEU, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid, 1982, p. 47. In generale, oltre cioè al discorso relativo allo stato di necessità, si veda già A. CAVALLO, *Diritto penale. Parte generale*, Vol. II, Napoli, 1955, p. 53.

<sup>9</sup> In senso contrario, M. A. IGLESIAS RIO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Granada, 1999, pp. 345-346, in cui afferma a proposito di tutte le cause di giustificazioni: «Questa triplice nomenclatura — bilanciamento di beni, di valori o degli interessi — ha stretti legami e condivide un'unica

modo più o meno diffuso è, tutt'al più, l'esclusione del termine «bene» — quando si parla di «bilanciamento degli interessi o dei valori»<sup>10</sup> — oppure l'esclusione della voce «valore» — quando si opta, invece, per la formula «bilanciamento di beni o interessi»<sup>11</sup> —. Come vedremo più avanti, solo nel primo caso i motivi dell'esclusione vengono esplicitati, benché sempre a proposito dei termini previsti da una data disciplina specifica e non — per così dire — a livello concettuale. In ogni caso, qualunque sia la formula che si scelga, in entrambe le ipotesi i termini che alla fine vengono usati non si distinguono tra di loro e quindi il problema interpretativo rimane praticamente intatto.

La premessa dalla quale partiamo consiste nel fatto che fare chiarezza su questo aspetto diventa utile non solo per capire i limiti a cui è soggetto lo stato di necessità. Stabilire il modo in cui queste nozioni si collegano tra di loro consente infatti d'individuare il senso specifico dell'istituto all'interno della teoria del reato e — aspetto ancora più importante ai nostri fini — inquadrare correttamente il bilanciamento quale fondamento della scriminante.

Ebbene, queste difficoltà concettuali si possono superare più agevolmente attenendosi a considerazioni di epistemologia giuridica e, in particolare, al modo in cui l'oggetto della scienza giuridica è stato concepito da parte di alcune delle scuole metodologiche più rilevanti. In effetti, quello che cercheremo di dimostrare è che vi è una corrispondenza o sintonia tra una certa formulazione del principio e il modo in cui ognuna di queste correnti di pensiero concepiva il diritto. A tal fine descriveremo i loro pilastri fondamentali e poi il modo in cui essi si proiettano nel concetto di stato di necessità che adottarono, rispettivamente, i loro rappresentanti più importanti.

a) Cominciamo con la giurisprudenza dei concetti.

L'essenza della metodologia concettualistica si radica nel ridurre ad una unità la molteplicità di enti, tra i quali vi sarebbe una coerenza logica. La pandettistica, come viene

---

origine, per cui ognuna di queste specie raggiunge risultati analoghi». Cfr. l'abbondante bibliografia di cui alla nota 754 (p. 346).

<sup>10</sup> Così, ad esempio, T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 149; F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 423 e ss.; J. WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, Trad. di C. FINZI, Buenos Aires, 1980, p. 84; R. MAZZON, *op. cit.*, p. 76.

<sup>11</sup> Questa equiparazione si trova già in A. BAUMGARTEN, *Notwehr und Notstand. Eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht*, Tubinga, 1911, pp. 57 e ss.; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, p. 60; più di recente, M. ROMANO, *Giustificazione e scusa*, cit., pp. 43-44; F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 1060.

denominata questa scuola metodologica, aspirò a detta unità procedendo per induzione dalle proposizioni contenute nelle norme di diritto positivo a concetti di progressiva astrazione, fino ad arrivare ad un concetto supremo, di minimo contenuto, ma massima estensione, da cui si potevano contemplare tutti i concetti specifici e particolari del sistema. Tutti questi concetti si troverebbero opportunamente classificati e coordinati all'interno di una sorta di piramide, nel cui vertice ci sarebbe il concetto supremo o generico. Il resto dei concetti, a loro volta, scaturiscono dal concetto supremo in ordine discendente mediante una determinazione successiva di differenze specifiche. Sia la ricerca dei concetti più individualizzati che quella del concetto supremo si svolgono mediante una sorta di *feedback* garantito dalla induzione, la classificazione e la deduzione. In effetti, dal basso verso l'alto si arriva tramite l'analisi e l'astrazione e dall'alto verso il basso, invece, mediante sintesi e determinazione<sup>12</sup>. Questo insieme di operazioni del pensiero, però, deve essere rigorosamente attaccato a quanto preveda il diritto positivo, il che vieta al giurista qualsiasi tentativo d'indagine sulle finalità che perseguono le norme, ed esclude, a sua volta, qualsiasi riferimento al contenuto di esse<sup>13</sup>.

Le conseguenze di una tale autolimitazione si apprezzano, tra le altre cose, nell'inclinazione dei suoi fautori per i metodi logico e sistematico in materia di interpretazione della legge: siccome il diritto costituisce un sistema chiuso in se stesso, il senso della legge si può trovare solo all'interno di essa, ossia all'interno della medesima disposizione che s'interpreta oppure nel rapporto logico tra la disposizione oggetto dell'interpretazione ed il resto delle norme, anch'esse appartenenti al sistema<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Per una sintesi della base metodologica del concettualismo, cfr. J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 150; G. BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, in *Scritti giuridici*, t. I, Padova, 1966, p. 492 e ID., *Diritto penale*, cit., pp. 61-68.

<sup>13</sup> In senso critico, si veda anche, E. NOVOA MONREAL, *Alternativas y trances del derecho penal de hoy*, in *ADPCP*, 1978, pp. 533-534, in cui con acuta ironia sostiene che questa impostazione metodologica ha prodotto «una classe di dogmatici ad oltranza, che ben potrebbero venire chiamati “integristi”, veri e propri ginnasti intellettuali che svolgono [il loro mestiere] in una sorta di vuoto, i quali si caratterizzano per immergersi in una progressiva complicazione delle loro elaborazioni astratte, nell'inasprimento di discussioni tanto inutili quanto stravaganti ed in una cieca e graduale disconnessione della realtà».

<sup>14</sup> Il che comporta dimenticare che il diritto è, come vedremo in seguito, anzitutto un prodotto umano, culturale e quindi imperfetto. Una descrizione dei metodi in questione con ulteriori riferimenti storici, in M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *División y fuentes del Derecho positivo*, Valparaíso, 1968, pp. 151 e ss. Si veda l'analisi critica di F. ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, p. 18, in cui nonostante riconosca l'importanza che ebbe questa corrente in Italia – dove si conosce con l'etichetta di «indirizzo tecnico-giuridico» –, sottolinea che ha comunque «piedi di argilla». Sull'impatto in Italia del concettualismo, cfr. gli spunti di N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo*

Vi è una inversione metodologica in cui si sovrappongono i presupposti dogmatici elaborati dalla dottrina alla realtà della disciplina normativa. La logica — che qui non è altro che «logica formale», per dirla con Larenz<sup>15</sup> — viene concepita non come uno strumento necessario o utile per raggiungere il contenuto del diritto, ma come la ragione stessa di ogni ricerca<sup>16</sup>. In questi termini non è difficile intuire perché questa impostazione metodologica sfociò in un formalismo giuridico che concentra l'attenzione non sul contenuto delle norme, bensì sul loro contenitore<sup>17</sup>.

Ebbene, questa breve sintesi del concettualismo rende del tutto comprensibile il modo in cui lo stato di necessità fu concepito da Karl Binding, il suo rappresentante più importante tra i penalisti. Binding accoglie la nozione di bene giuridico come l'oggetto di tutela delle norme, il cui contenuto deve essere riempito in ciascun caso — e senza ulteriori limitazioni — dal legislatore.

Essendo questa la premessa da cui prende le mosse, non vi è da stupirsi quando definisce lo stato di necessità come «la situazione di un uomo il quale solo attraverso un'azione proibita può salvare un *bene giuridico* o rendere possibile l'adempimento di un dovere giuridico»<sup>18</sup>. Gli oggetti del bilanciamento sarebbero, dunque, i beni giuridici in conflitto e il suo fondamento si spiegherebbe attraverso la *Güterabwägungstheorie*, ovvero la teoria del bilanciamento di beni<sup>19</sup>. Ciò che interessa di questo concetto, tuttavia, non è la sua

---

*giuridico*, Milano, 1965, in cui sottolinea che non tutti i tipi di formalismo giuridico devono essere omologati al tecnicismo giuridico, p. 80 (pp. 79-100).

<sup>15</sup> *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlino-Heidelberg, 1991, pp. 21-22, nota 5.

<sup>16</sup> Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 65.

<sup>17</sup> J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 152.

<sup>18</sup> *Handbuch des Strafrechts*, Lipsia, 1885, p. 759. Il corsivo è nostro. Dato l'innegabile distacco con la realtà empirica caratteristico del concettualismo, genera qualche perplessità il fatto che Binding definisse lo stato di necessità come *una situazione particolare in cui si trova un uomo* («ist die Lage eines Menschen»). Nonostante ciò che verrà detto nel testo, un altro aspetto nel quale si può apprezzare un profilo meno rigido o addirittura liberale dell'Autore si avverte a proposito del suo trattamento proprio metodologico in tema di stato di necessità. A prescindere del carattere indubbiamente scusante dell'antico § 54 del *StGB* del 1871, Binding rifiuta di concettualizzare e teorizzare l'istituto a partire dal testo della norma. Anzi — scrisse — ciò sarebbe stato «metodologicamente incorretto» («methodisch falsch»). Si veda, *Handbuch*, cit., p. 756. Per la verità, come giustamente sottolinea J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 154, «Binding non fu schiavo della lettera della legge e, al contrario, riuscì a trovare alla base di questa la volontà del Diritto», sulla falsariga, tra l'altro, della teoria oggettiva dell'interpretazione della legge da lui difesa. Sul punto, con specifico riferimento all'impostazione di Binding, si veda J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho penal*, in M. DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, J.A. GARCÍA AMADO (a cura di), *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, Bogotá, 2006, pp. 380-381.

<sup>19</sup> Cfr. *Handbuch*, cit., p. 762. Più di recente, si servono di questa denominazione del principio, tra gli altri, P. MIELE, «Cause di giustificazione», cit., p. 595; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 62; R. NÚÑEZ, *Manual de Derecho penal. Parte general* (aggiornato

ampiezza — la cui inclusione del conflitto tra i doveri giuridici apre, del resto, una serie di ulteriori difficoltà<sup>20</sup> —, quanto il carattere che acquista la nozione di bene giuridico all'interno della sua *forma mentis* concettualistica.

Per Binding il bene giuridico costituisce il concetto supremo tramite il quale si collegano i diritti ed obblighi che compongono l'ordine giuridico nella sua interezza. In altre parole, entrambe le nozioni — diritto ed obblighi — si raggrupparebbero all'interno del sistema giuridico attraverso la nozione di bene giuridico. Quindi, è perfettamente coerente che Binding ritenga che l'oggetto della condotta delittuosa — come quello che il male o il pericolo minaccia nei contesti di necessità — non sia l'interesse che ne ha il singolo, bensì il bene stesso<sup>21</sup>.

L'evidente inosservanza che si percepisce nel tacere qualsiasi allusione al titolare del bene giuridico — e quindi l'indifferenza assoluta rispetto al rapporto che vi è tra lui e il bene in questione — rivela chiaramente l'esattezza della critica che viene mossa al concettualismo nel senso di creare un abisso tra il diritto e la vita sociale e le esigenze del traffico giuridico<sup>22</sup>. A ben vedere, dimostra il carattere pesantemente autoritario di questa impostazione, dal momento che, in fin dei conti, l'unico titolare di tutti i beni giuridici (oltre ad essere il suo creatore!) è lo Stato<sup>23</sup>.

---

da R. SPINKA, F. GONZÁLEZ), Cordova (Argentina), 1999, pp. 157-158; più di recente, F. DE ASSIS TOLEDO, *Principios básicos de Derecho Penal*, San Paolo, 2007, p. 182.

<sup>20</sup> Come giustamente afferma G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, pp. 43-44, nota 112, con Binding ebbe inizio una tradizione che ritiene che le ipotesi di conflitto tra obblighi rappresentano dei casi particolari di stato di necessità. In dettaglio, si veda, E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., pp. 90 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. la sintesi che ne dedica A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della teoria giuridica penale*, in *Opere giuridiche*, Vol. I, Roma, 1932, pp. 246-247.

<sup>22</sup> Così, tra gli altri, M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?*, in *Boletín de la Facultad de Derecho* (UNED), N° 13, 1998, p. 110; J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 152.

<sup>23</sup> *Grundriss des Deutschen Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Lipsia, 1913, p. 113. Proprio per questo è esatta l'affermazione di F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 64 (si veda anche p. 390), quando sostiene che la dottrina di Binding non si distacca affatto dal trattamento hegeliano dell'istituto, poiché sia in Hegel (il quale riteneva uno schema di conflitto tra «diritti» [cfr. *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1968, § 127, p. 127]) sia in Binding il criterio decisivo per la soluzione del conflitto «restava infatti l'interesse non dei singoli titolari dei beni in conflitto, bensì l'interesse superiore della comunità organizzata nello Stato». Questa anche fu l'opinione di alcuni penalisti italiani molto inoltrato il XX secolo, tra cui, ad esempio, A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma* (a cura di F. TRITTO), Bari, 2005, p. 201, in cui dichiara: «la norma penale — dobbiamo dire — tutela interessi umani, ma propri dello Stato: tende a difendere dei beni che sono riferiti ad un soggetto, ma questo soggetto è lo Stato». Si vedano gli spunti critici riguardanti alla «scuola classica» italiana di fine ottocento di F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 374-375. Più in generale, di recente, A. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, 20, 2013, pp. 427-428.

Il modo in cui si collegano tutte queste premesse metodologiche col tema dello stato di necessità è impeccabilmente sintetizzato dallo stesso Binding: nei casi in cui la lesione di uno dei due beni giuridici diviene inevitabile viene meno «non solo la sanzione ma anche il precetto e dunque addirittura la norma e perciò la stessa configurabilità del fatto»<sup>24</sup>. Com'è logico, dato il deliberato disinteresse del concettualismo nei confronti degli insegnamenti della filosofia e il divieto di introdurre qualunque giudizio di valore da parte del giurista<sup>25</sup>, la critica che si può rivolgere contro di esso (e quindi contro il bilanciamento di beni così concepito) è costretta a rimanere dentro il quadro delle obiezioni metodologiche e politiche. Infatti, basterebbe difendere una concezione più liberale della nozione di bene giuridico perché le riserve formulate finora perdano validità. Ecco perché — e su questo torneremo più avanti — le critiche più lancinanti contro la nozione del bilanciamento di beni vengono mosse dal punto di vista degli inaccettabili eccessi che ne possono derivare.

b) L'impostazione precedente in materia di stato di necessità sperimentò un cambio notevole — le cui ripercussioni si possono apprezzare fino ai giorni nostri — con l'irruzione della cd. giurisprudenza degli interessi.

Com'è noto, questa scuola metodologica ebbe origine a partire dal cambio di prospettiva che prese Rudolph von Jhering verso il 1858 con la pubblicazione del quarto volume del suo classico *Lo spirito del diritto romano*. In particolare, questo cambiamento si apprezza nella sua adesione al positivismo di conio sociologico e dell'abbandono di quello di stampo biologico o chimico che caratterizzò la prima fase del suo pensiero<sup>26</sup>.

Questo nuovo paradigma rende del tutto comprensibile che nella ricerca di una idea di diritto l'Autore finisse per trovarla nell'esigenza di salvaguardare coercitivamente le condizioni di esistenza della società, scopo che abbraccia gli interessi dei singoli. Allontanandosi della partenogenesi dell'ordinamento mediante la forza dilatatrice del

<sup>24</sup> *Handbuch*, cit., p. 759.

<sup>25</sup> Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 63, in cui giustamente parla di un atteggiamento piuttosto agnostico, «alla quale ben poco importava ogni disputa filosofica».

<sup>26</sup> Il che spiega, del resto, che in quella tappa l'Autore parlasse dei «corpi» (concetti) di cui sarebbe formato il diritto. Si tratta in definitiva della sua tappa concettualistica che lo inclinava alla tendenza di sopravvalutare la coerenza o necessità logica dei concetti che integrano il sistema a prescindere dalle sue esigenze pratiche, ovvero, l'inversione metodologica di cui abbiamo fatto cenno precedentemente. Si veda, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., pp. 150-151 (nota 9) e 157. Tuttavia, secondo G. BETTIOL, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, cit., p. 330, sarebbe un'imprecisione logica e storica collegare la giurisprudenza degli interessi con qualche variante del positivismo. Per un'analisi più approfondita su questo cambio d'impostazione, si veda F. GONZÁLEZ VICEN, *Rudolph von Jhering y el problema del método jurídico*, in *AFD*, t. IV, 1987, pp. 223-248.



metodo sistematico<sup>27</sup>, egli ritiene che il diritto non è una volontà astratta né un fine in sé, bensì un mezzo per il raggiungimento di fini, i quali si riconducono alla protezione degli interessi individuali e collettivi<sup>28</sup>. Essi — occorre ribadirlo — vengono intesi non in un senso metafisico, ma in uno strettamente empirico, cioè in grado di imporsi certe finalità umane. Estrapolando quest'assunto in tema di leggi penali, esso si traduce nell'assicurare le condizioni di vita della società.

La nozione di scopo o fine che sviluppa Jhering a partire dal 1877, fu integrata da Phillip Heck, il cui contributo consistette nell'utilizzare per l'analisi dei problemi normativi il concetto di interesse e la serie di nozioni che si desumono da esso. Tra queste nozioni rilevò, per l'appunto, quella di «conflitto di interessi» (che come vedremo in seguito, influenzò in maniera determinante il concetto e fondamento dello stato di necessità di Franz von Liszt<sup>29</sup>), di fronte alla quale il diritto, in quanto manifestazione della volontà del legislatore, funge da strumento per dirimerli. È proprio per questo motivo che il metodo ermeneutico è condizionato ad attendere alla psicologia del legislatore per trovare *ivi* i motivi che l'hanno portato a scegliere tra i vari interessi in conflitto quello che deve prevalere<sup>30</sup>.

Ancorché l'influenza della giurisprudenza degli interessi si avverta anche in altri ambiti nell'opera di von Liszt — in particolare, nella sua concezione finalistica della pena —, è proprio a proposito del concetto di bene giuridico e della dottrina dell'antigiuridicità che si apprezza con maggior forza.

In effetti, mentre Binding riteneva che il bene giuridico «è tutto ciò che essendo o no un diritto, il legislatore considera di valore per la vita sana della comunità»<sup>31</sup>, Liszt, da una prospettiva inequivocabilmente teleologica, li definì come «interessi giuridicamente

---

<sup>27</sup> La scienza giuridica secondo il «primo» Jhering non sarebbe solo ricettiva, ma anche produttiva; non sarebbe solo riflessione sul materiale giuridico che vi è, ma anche riduzione di esso ad una struttura logica che le consente dedurre o indurre da essa nuovi concetti e proposizioni giuridiche. Per dirla con lo stesso R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Lipsia, 1923, p. 388: «[i]l sistema è una inesauribile fonte di materia giuridica nuova».

<sup>28</sup> J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., pp. 157-158.

<sup>29</sup> Così anche, F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 79.

<sup>30</sup> G. BETTIOL, *Giurisprudenza degli interessi*, cit., p. 335.

<sup>31</sup> *Grundriss des Deutschen Strafrecht*, cit., p. 113: «Rechtsgut ist nun alles, was selbst kein Recht doch in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist (...)».

protetti», interessi che vengono creati dalla vita stessa, non dal diritto<sup>32</sup>. È importante sottolineare la concezione di Liszt su questo punto, precisamente perché verrà integralmente compresa nel suo concetto di stato di necessità che, in effetti, concettualizzò nel modo seguente: «è una situazione di pericolo attuale degli interessi protetti dal diritto, nella quale non vi è altro modo che la violazione degli interessi di un altro, anche essi giuridicamente protetti»<sup>33</sup>. Si noti, peraltro, come entrambi i concetti — bene giuridico e stato di necessità — sono perfettamente coerenti con la nozione di antigiuridicità materiale da lui coniata, la quale oltre ad essere chiave nella apertura dottrinale e giurisprudenziale delle scriminanti verso le cd. cause di giustificazioni extralegali, si trova alla base del fondamento lisztiano dello stato di necessità giustificante: il principio del bilanciamento degli interessi (*Interessenabwägung*)<sup>34</sup>.

A prescindere dell'errore dogmatico — l'antigiuridicità formale non sarebbe altro che il cd. adeguamento tipico o tipicità<sup>35</sup> —, la distinzione ebbe il merito di aprire il cammino agli interessi sociali nella valutazione dell'illecito e a tenere *effettivamente* conto gli interessi di una classe sociale relegata e oppressa dal capitalismo, il proletariato. In effetti, questa distinzione s'iscrive nel contesto in cui ebbe inizio l'«epoca sociale» nel diritto penale e il processo di superamento dell'ideologia giuridica di stampo individualistico-liberale con cui l'illecito cominciò ad essere identificato con la lesione dei fondamentali interessi o

---

<sup>32</sup> Cfr. *Tratado de Derecho penal*, Trad. di Q. SALDAÑA, t. II, Madrid, [senza data], p. 6. Si noti, tra l'altro, la chiara corrispondenza tra questo concetto e quello di diritto soggettivo che Jhering sostenne già verso il 1888. Si veda, ancora, *op. cit.*, pp. 322 e ss.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 352.

<sup>34</sup> Com'è noto, fu Liszt il primo a distinguere tra antigiuridica formale (cioè, la trasgressione di una norma di ordine o divieto stabilita dallo Stato) e antigiuridicità materiale (il contrasto tra la azione criminosa e gli interessi esistenziali di privati o della comunità tutelati dal diritto). Si veda, F. VON LISZT, *op. cit.*, pp. 336 e ss. Nonostante le critiche che spesso vengono formulate a questa distinzione, è innegabile la sua importanza nell'ulteriore riconoscimento dogmatico e giurisprudenziale delle cd. cause di giustificazioni extralegali, ed in particolare dello stato di necessità extralegale, come giustamente sottolinea A. BARATTA, *op. cit.*, pp. 38 e ss. Perciò, a nostro avviso, si sbaglia U. GIULIANI, *op. cit.*, pp. 115 e ss., allorché attribuisce questa apertura a Binding. Infine, il vincolo logico tra l'antigiuridicità materiale e il principio dell'interesse prevalente è stato diffusamente riconosciuto dalla dottrina: si veda, tra gli altri, V. CAVALLLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939, pp. 172 e ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 733 e ss.; G. AZZALLI, *op. cit.*, p. 357; G. BETTIOL, *Giurisprudenza degli interessi*, cit., pp. 340-341 e A. MOLARI, *op. cit.*, p. 16, seppur non in termini espliciti. Infine, un esplicito collegamento tra il principio in questione e il metodo naturalistico di cui abbiamo fatto cenno poco prima, si trova in G. V. DE FRANCESCO, *op. cit.*, p. 51. Nella dottrina di lingua spagnola, J. BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 90; E. LARRAURI, *op. cit.*, p. 75. Si veda, *infra* § 4.

<sup>35</sup> Così, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 163. Si veda al riguardo, B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, 1969, pp. 87 e ss.

condizioni di vita della società<sup>36</sup>. È importante ribadire l'implicazione politica del passaggio da un bilanciamento astratto di beni verso una ponderazione più complessa degli interessi, poiché talvolta è tendenziosamente dimenticata laddove la disciplina della scriminante ipotizza solo un bilanciamento tra i mali in conflitto. Una normativa del genere — com'è il caso dello stato di necessità di cui all'articolo 10 n. 7 del c.p. cileno — lascia aperta la possibilità di una scelta giurisprudenziale arbitraria tra un bilanciamento di beni oppure un bilanciamento degli interessi che finisce per danneggiare o beneficiare i necessitati a seconda del tipo di criminalità di cui si tratta<sup>37</sup>.

L'incontestabile progresso che significò la transizione da una ponderazione puramente concettualistica di beni ad un bilanciamento più onnicomprensivo — dal momento che la nozione d'interesse presuppone un rapporto tra la persona e il bene giuridico in questione — si rispecchia, tra le altre cose, nel fatto che è in grado di superare le critiche che si rivolgono contro la giurisprudenza degli interessi in quanto impostazione metodologica. In effetti, seppur sia vero che non in tutte le norme penali soggiace un conflitto di interessi — eccesso, tra l'altro, riconducibile all'origine squisitamente *giusprivatistica* di questa scuola — gli stessi critici riconoscono che, all'opposto, detta struttura *conflittuale* si presenta nelle norme che disciplinano le cause di giustificazione, nelle quali il conflitto viene risolto sulla base del criterio generale che l'interesse di minore rilievo deve essere sacrificato a quello di importanza prevalente<sup>38</sup>.

Tuttavia, la robustezza in termini metodologici della giurisprudenza degli interessi — perlomeno davanti alla pandettistica — non trova corrispondenza quando essa si esprime in

<sup>36</sup> Ovvero, «espressione appunto della tendenza a svincolare la teoria del bene giuridico dalla dimensione individualistico-liberale per riportarla nella dimensione etico-sociale», come giustamente sottolinea, G.V. DE FRANCESCO, *op. cit.*, p. 46, nota 122. In un senso analogo, F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998, p. 98; J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 163; G. DE FRANCESCO, *Sulle scriminanti*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 271-272.

<sup>37</sup> Sottolinea questo aspetto più politico dell'istituto, H. ROLDÁN BARBERO, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, in *Cuadernos de Política-criminal*, N° 20, 1983, p. 519. Tuttavia, più avanti (p. 522) afferma che sarebbe preferibile, a suo avviso, bilanciare mali anziché beni o interessi, poiché «il male è sempre, qualitativamente e quantitativamente, più suscettibile di valutazione che il bene». Si veda la critica espressa da J. BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, pp. 92-93 secondo il quale sarebbe comunque preferibile bilanciare interessi piuttosto che mali. Sottolinea giustamente come lo stato di necessità è sempre denso di interessanti implicazioni politiche, G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 68, il quale tratta in maniera assai acuta il problema della cd. necessità abitativa.

<sup>38</sup> Si veda, in tal senso, la paradigmatica critica di G. BETTIOL, *Giurisprudenza degli interessi*, cit., pp. 339-340 e *Diritto penale*, cit., pp. 72-73, in cui si mostra scettico rispetto ad una attuazione ad oltranza dei canoni della giurisprudenza degli interessi in ambito penale. Sulla tesi secondo cui alla base delle scriminanti vi è sempre un conflitto di interessi, V. VALENTINI, *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1333.

tema di stato di necessità mediante la nozione del bilanciamento degli interessi. Contro questa dottrina sono state mosse delle severe riserve dogmatiche e filosofiche che, a dire il vero, finora non sono state confutate in modo categorico. Ma questo è tutta un'altra faccenda, la quale verrà affrontata più avanti con maggiore attenzione.

c) Infine, si parla anche di bilanciamento di valori (*Wertabwägung*)<sup>39</sup>.

Si tratta certamente di una terminologia usata con minore frequenza e quasi sempre — come abbiamo già accennato — insieme all'espressione interesse, il che spiega perché non sempre sia del tutto semplice individuare le sue radici.

Coloro che preferiscono parlare di «valori» considerano che i termini «bene» o «interesse» richiamano troppo una concezione materialistica-individualistica di un diritto penale informato, per l'appunto, ai criteri della giurisprudenza degli interessi. Per converso, la nozione di valore identificherebbe ancora meglio la relazione tra l'uomo — concepito nella sua essenza di animale ragionevole e nella sua personalità morale — e l'ordine che sussiste nella realtà<sup>40</sup>. Ecco la premessa fondamentale. Essa, com'è noto, ha stretti legami con la filosofia dei valori di matrice neokantiana, la quale costituisce la base sulla quale s'erge la cd. giurisprudenza dei valori<sup>41</sup>.

Dal punto di vista del metodo, la giurisprudenza dei valori si discosta da entrambe le scuole precedenti, poiché respinge qualsiasi approccio verso la realtà mediante il paradigma positivista (sia nel suo versante biologico-chimico sia in quello di tipo sociologico)<sup>42</sup>. Conformemente con quest'impostazione filosofica il giurista non riproduce l'oggetto della propria indagine, bensì lo produce dopo averlo selezionato dal materiale caotico della realtà, in sé privo di senso, forma e ordine. Il compito della dogmatica consiste, quindi, nell'adeguare la materia e sistematizzarla — rispettando però un certo nucleo di ciò che è dato nel plano psicofisico — a partire dai fini valorizzati da ciascuna comunità secondo il

<sup>39</sup> Così, P. NOLL, *Tatbestand und Rechtmäßigkeit. Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *ZStW*, 1965, pp. 2 e ss. Si veda anche, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., pp. 306 e ss.

<sup>40</sup> Cfr. G. BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, cit., pp. 498-499.

<sup>41</sup> Si veda, F. SCHIAFFO, *op. cit.*, pp. 70 e ss., e J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 164. Nella loro descrizione entrambi gli Autori parlano esplicitamente del «ritorno a Kant».

<sup>42</sup> Cfr., tra gli altri, K. LARENZ, *op. cit.*, p. 119. Dal canto suo, G. BETTIOL, *Sistema e valori*, cit., p. 499, parla rispettivamente di un positivismo «dogmatico» e di un positivismo «critico», motivo per il quale genera perplessità che altrove ritenga che dal positivismo si riesce a uscire mediante la giurisprudenza degli interessi. Si veda al riguardo, *Diritto penale*, cit., p. 71.

corrispondente livello di evoluzione culturale<sup>43</sup>. Tutto questo, oltre a rendere comprensibile che il diritto si collochi tra le scienze basate sul paradigma del «mezzo-scopo» (anche dette scienze culturali, *Kulturwissenschaften*)<sup>44</sup>, spiega la capacità di adattamento del diritto penale dalla prospettiva delle «priorità» della tutela a seconda del periodo storico di cui si tratti<sup>45</sup>.

Il teleologismo della giurisprudenza dei valori sarebbe, per così dire, ancora più intenso rispetto a quello prospettato dalla *Interessenjurisprudenz*. Ciò rispecchia il rifiuto verso la nozione di interesse, la quale avrebbe — a parere dei suoi sostenitori — una portata piuttosto limitata dato il loro carattere utilitaristico o materialistico<sup>46</sup>. In altre parole, l'interesse esprimerebbe l'idoneità di un bene a soddisfare un bisogno umano, senza dire ancora nulla circa il rapporto con la natura sostanziale dell'uomo<sup>47</sup>. Da un altro lato, la migliore versione della giurisprudenza degli interessi cadrebbe in una sorta di «essenzialismo», ovvero in una concezione estremamente sostanziale dell'interesse che conduce, a sua volta, ad una comprensione troppo materialistica del bene, del tutto opposta alle pretese di una interpretazione teleologica della norma per cui il bene è un valore sociale a carattere finalistico<sup>48</sup>. Per converso, il concetto di valore sarebbe in grado di comprendere ogni esigenza religiosa, etica, culturale ed economica della società<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. F. SCHIAFFO, *op cit.*, pp. 72-73. Ivi l'Autore sottolinea come tramite l'opera di Emil Lask la filosofia dei valori del neokantismo sudoccidentale si applica fedelmente alla scienza giuridica. In effetti, probabilmente non c'è una frase più eloquente in tal senso che la seguente: «tutto ciò che ricade nel campo del diritto perde il suo carattere naturalistico, libero da relazioni di valori». Si veda, E. LASK, *Filosofia giuridica* (a cura di A. CARRINO), Napoli, 1984, p. 59. In un senso analogo, presso la dottrina italiana, G. BETTIOL, *Indirizzi metodici nelle scienze del diritto penale*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 719.

<sup>44</sup> Oppure, per dirla con Stammler, tra le scienze dei fini (*Zweckwissenschaften*), ispirate alla «volontà» in quanto atteggiamento del pensiero. Queste si contrappongono alle cd. scienze naturali (*Naturwissenschaften*), ispirate al paradigma della «causa-effetto», il quale emerge non già dalla volontà, bensì dalla «percezione». Cfr. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlino-Lipsia, 1923, pp. 59 e ss., e *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 49 e ss.

<sup>45</sup> Chiarissimo in tal senso, G. BETTIOL, *Sistema e valori*, cit., pp. 496-498, in cui fa, per l'appunto, allusione a tali cambiamenti nel periodo degli stati confessionali, del contrattualismo individualista e degli stati autoritari del primo dopoguerra. In un senso analogo, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 350; da una prospettiva più storica, si veda, K. GÜNTHER *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho penal?*, in C. ROMEO CASABONA (a cura di), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pp. 489-505.

<sup>46</sup> Così, ad esempio, A. TALA JAPAZ, *op. cit.*, p. 316.

<sup>47</sup> G. BETTIOL, *Giurisprudenza degli interessi*, cit., p. 340 e nota 28. L'interesse, secondo Bettiol, sarebbe suscettibile di qualificazione etica, ma non esprimerebbe per sé una esigenza etica, quindi male si adatta così a formare la base di norme penali che tutelano «valori» religiosi, morali, politici.

<sup>48</sup> G. BETTIOL, *Giurisprudenza degli interessi*, cit., p. 335 e 339. Si veda anche *Sistema e valori*, cit., p. 499.

<sup>49</sup> Paradigmatico in tal senso, A. MORO, *Lezioni*, cit., pp. 193-194.

In ogni caso, il motivo principale per cui sarebbe preferibile parlare di valori anziché interessi, si ricondurrebbe ad una critica inconfutabile che viene mossa alla giurisprudenza degli interessi: la confusione tra l'oggetto della ponderazione e il criterio (o i criteri) per stabilire *in concreto* quale di essi deve prevalere nei casi di conflitto<sup>50</sup>. Ed è proprio a partire da questa critica che il discorso metodologico si collega col tema dello stato di necessità.

Come giustamente sottolinea Guzmán, all'interno di questa corrente siffatti fini valorizzati ricevono la denominazione di beni giuridici, la cui *determinazione* avviene a partire dall'interpretazione, costruzione e sistematizzazione del diritto<sup>51</sup>. Dal canto nostro, possiamo aggiungere che pure attraverso questo triplice procedimento intellettuale si svolge la gerarchizzazione dei beni giuridici, intesi, per l'appunto, come espressione dei valori degni di tutela<sup>52</sup>. L'importanza concreta che viene attribuita ai beni giuridici — rispecchiata nelle finalità delle rispettive precetti penali — dipende dai fini ritenuti culturalmente rilevanti da un gruppo umano nel momento della sua applicazione<sup>53</sup>. Era ciò che intendeva Bettiol quando parlava della «sistemazione dei valori»<sup>54</sup> oppure dell'«ordine che deriva dal significato e dal rilievo loro attribuito dalle dominanti concezioni etico-economico-politiche e dalle loro indubbie affinità sostanziali»<sup>55</sup>. Si tratta, inoltre, di qualcosa che non dovrebbe sorprendere se ricordiamo che il valore scaturisce proprio dall'interazione umana con una realtà empirica che ha in sé un ordine e una finalità suscettibile di essere trovata dall'uomo.

Tuttavia, tornando allo stato di necessità, il problema che si pone per coloro che preferiscono parlare di «bilanciamento di valori» risiede nel fatto che da questa formula non individuano nemmeno — almeno non per via diretta — i criteri attraverso i quali si procede a ponderare i valori in conflitto nel caso concreto<sup>56</sup>. Infatti, non illumina troppo la questione l'affermazione secondo cui il concetto di valore, a differenza del concetto

<sup>50</sup> Cfr. K. LARENZ, *op. cit.*, pp. 128-129.

<sup>51</sup> *Elementi*, cit., p. 166. Il corsivo è nostro. «L'arte dell'interpretazione e della costruzione giuridica — sostiene l'Autore — è guidata sempre dai fini valorizzati in ogni norma o disposizione, che, a loro volta, è giusto considerare, non in base alla loro posizione nel seno di un sistema giuridico astratto (come fece il concettualismo), bensì all'interno della vita e della storia» (pp. 167-168).

<sup>52</sup> Chiarissimo in tal senso, ad esempio, E. MEZGER, *op. cit.*, p. 257.

<sup>53</sup> Si veda, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 168; K. LARENZ, *op. cit.*, pp. 128-129.

<sup>54</sup> G. BETTIOL, *Sistema e valori*, cit., p. 499.

<sup>55</sup> *Diritto penale*, cit., p. 87.

<sup>56</sup> Si veda, tuttora, *infra* § 4.

d'interesse, consente al giudice di penetrare più agevolmente l'anima del sistema, cioè nelle tendenze e nelle premesse di ordine generale alle quali il legislatore è ispirato. Neanche si corregge il difetto attribuito alla giurisprudenza degli interessi quando da questa prospettiva si considera che il criterio della valutazione degli interessi non è in grado di risolvere un conflitto — quello cioè che soggiace alla base delle scriminanti — dal momento che in esso entrano in considerazione dei riflessi etici la soluzione dei quali ha bisogno di criteri morali di giudizio.

In ultima analisi, non si vede perché tramite la ponderazione di valori questi casi possono risolversi e, invece, mediante il bilanciamento degli interessi resterebbero insoluti<sup>57</sup>. Il rischio di cadere nel diritto libero a causa della mancanza di criteri di valutazione che si critica alla giurisprudenza degli interessi<sup>58</sup> si potrebbe anche sostenere rispetto al bilanciamento di valori e alla sua base teorica.

Perciò, la critica rivolta alla giurisprudenza degli interessi diviene a nostro avviso poco precisa o almeno esagerata, poiché ignora degli sforzi teorici per «togliere» la macchia utilitaristica di cui si accusa il concetto di interesse. È vero che la nozione d'interesse ebbe la sua origine e i suoi primi sviluppi teorici in ambito giusprivatistico, ma è anche vero che talune terminologie che erano proprie del diritto civile si sono trasferite, nell'evoluzione della scienza, nel campo del diritto penale e ivi hanno subito una modificazione e acquistato un carattere diverso. L'espressione interesse è un chiaro esempio in tal senso. Quando viene usata in ambito penale non assume di per sé un significato economico, bensì il significato di relazione, ovvero — per dirla con Aldo Moro — del «modo di essere di un soggetto di fronte ad un bene della vita»<sup>59</sup> che deve, a sua volta, essere riconosciuta dal diritto.

Ma non solo. Al di là del componente relazionale è indispensabile che l'interesse sia stato riconosciuto dall'ordine giuridico.

---

<sup>57</sup> Paradigmatico in tal senso, G. BETTIOL, *Sistema e valori*, cit., p. 499.

<sup>58</sup> Così, G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 74; ID., *Giurisprudenza degli interessi*, cit., pp. 336-337. Genera qualche confusione il fatto che l'Autore concepisca questa possibilità come un «rischio» o come una conseguenza non voluta che trascurerebbe il valore della certezza giuridica, nozione che è stata storicamente legata (e ideologicamente compromessa) al concettualismo, corrente metodologica aspramente criticata da Bettiol. Per una critica della tendenza verso il diritto libero specificamente a proposito dello stato di necessità, si veda U. GIULIANI, *op. cit.*, p. 110; nella dottrina tedesca, A. MEIßNER, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, Berlino, 1990, pp. 22 e ss.

<sup>59</sup> Cfr. A. MORO, *Lezioni*, cit., pp. 194-195; in senso analogo, F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 387. Si veda, tuttavia, ciò che verrà detto nel § 3.

Da questa prospettiva, il concetto di interesse perde qualsiasi tratto edonistico. Al riguardo, le disquisizioni di Kelsen sono assai chiarificatrici. Secondo Kelsen la nozione di interesse indicherebbe una sorta di «atteggiamento mentale» e proprio perciò non deve essere confusa col concetto di «diritto soggettivo». Se vi è un rapporto tra le due nozioni ciò si deve al fatto che il legislatore presume, al prevedere positivamente un diritto soggettivo, che tale rapporto si verifichi nella maggior parte dei casi. Ma in alcuni casi potrebbe non darsi. Si pensi, ad esempio, al miliardario che semplicemente decide di non riscuotere il suo credito. Proprio perciò Kelsen critica la definizione di diritto soggettivo come un *interesse* giuridicamente tutelato sostenuta da Jhering (che, *mutatis mutandis*, potrebbe estrapolarsi a quella di bene giuridico sostenuta da Liszt).

L'interesse, concepito come una nozione la cui natura è psichico-individuale, non può integrare mai un concetto giuridico formale. Detto altrimenti: nessuna norma giuridica condiziona l'esistenza di un diritto soggettivo o di un dovere altrui alla dimostrazione che vi sia un interesse psichico. Subordinare il diritto soggettivo alla esistenza di un interesse psichico comporta aggiungere un requisito superfluo e arbitrario; implica confondere il metodo giuridico-normativo col metodo psicologico-esplicativo, in modo tale che il primo sparirebbe se non si verifica il secondo. Questo diventa così assurdo — conclude Kelsen — dal momento che si constata che la psiche umana non è in grado di controllare quanti diritti soggettivi possono avere come titolare un uomo. Il diritto soggettivo non richiede dell'interesse per esistere, ma solo il riconoscimento del diritto positivo che lo incorpora legislativamente nel rispettivo ordine giuridico. Detto più semplicemente, il diritto soggettivo non è altro che il diritto oggettivo<sup>60</sup>.

Ma, soprattutto, la critica della giurisprudenza dei valori contro il bilanciamento degli interessi è poco costruttiva. In fin dei conti, le loro proposte per delimitare nel modo più nitido possibile i criteri da considerare nella valutazione del conflitto, non differiscono sostanzialmente da quelli formulate dalla teoria del bilanciamento degli interessi. Il caso probabilmente più paradigmatico in tal senso è quello di Edmund Mezger, uno dei penalisti

---

<sup>60</sup> Si veda, H. Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Trad. di W. ROCES, Città del Messico, 1987, pp. 493-507; più sinteticamente, ID., *Teoría general del Derecho y del Estado*, Trad. di E. GARCÍA MAYNEZ, Città del Messico, 1995, pp. 92-94. Prendendo la nota distinzione tra concetti deontologici, assiologici e antropologici di von Wright, R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 162-163, nota 162, assume una posizione sostanzialmente analoga a quella di Kelsen: gli interessi sono concetti antropologici ma che hanno degli elementi di ordine deontologico e assiologico, motivo per il quale, per essere oggetto di una ponderazione giuridica, devono essere riconosciuti dal diritto.



più rappresentativi della giurisprudenza dei valori. La sua tesi di dirimere la situazione di conflitto a partire, da un lato, dalle pene comminate per la lesione ai beni giuridici coinvolti e, dall'altro, dalle valutazioni *praeter legem* (ma sempre essenzialmente giuridiche)<sup>61</sup>, non è diversa da quanto si può trarre dall'impostazione, ad esempio, di von Liszt ed il suo concetto di antigiuridicità materiale.

Considerazioni analoghe, per quanto riguarda la dottrina italiana, valgono per Giuseppe Bettiol, che pur essendo un critico convinto della nozione d'interesse, contemporaneamente ritenne il bilanciamento degli interessi tra «i principi fondamentale del diritto penale vigente»<sup>62</sup>. A prescindere dell'uso di una o un'altra denominazione del principio, il vero problema è che Bettiol si serve, per così dire, di un «linguaggio» inequivocabilmente legato alla giurisprudenza dei valori, per cui è difficile individuare una linea teorica più o meno chiara in tal senso. Infatti, dopo aver respinto in linea di principio l'invocazione di un criterio esclusivamente meccanico quantitativo — «perché le soluzioni giuridiche sono soluzioni di qualità» —, ribadisce che essendo il conflitto di natura etico-politica il criterio di valutazione di esso non può che essere desunto dalle «norme di civiltà», ovvero dalle norme di cultura che stanno alla base del sistema<sup>63</sup>.

A nostro avviso, è meglio continuare a serbare il concetto di valore per fare riferimento ai criteri — siano o meno riconosciuti esplicitamente dalla legge — che oltre a risolvere i concreti conflitti tra interessi, innanzitutto determinano l'opportunità medesima di tutelare tramite lo strumento penale certi beni giuridici, vale a dire, i cd. «interessi superiori» che

---

<sup>61</sup> E. MEZGER, *op. cit.*, p. 258. A questo proposito l'edizione che citiamo incorre in un spiacevole errore, poiché omette il riferimento alle «concezioni di ordine culturale» [«(...) an Hand der allgemeinen Kulturanschauungen»] che determinano il contenuto ed i limiti di tali criteri sovrallegali, ma che soprattutto rivelano a chiare lettere la filiazione dell'Autore alla giurisprudenza dei valori. Si veda, *Strafrecht*, Berlino-Monaco, 1949, p. 241. Contrario a quest'impostazione, S. SOLER, *Derecho penal argentino* (5 vols.) t. I, (aggiornato da G. J. FIERRO), Buenos Aires, 1992, p. 463, in cui afferma che questo punto di vista può sfociare «in uno stato di necessità sovrallegale il cui contenuto si perde in considerazioni vaghe di ordine sociologico».

<sup>62</sup> *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 2000, pp. 87-90; si veda anche, ID., *Indirizzi metodici*, cit., pp. 728-729.

<sup>63</sup> *Istituzioni*, cit., p. 89. Da un'altra prospettiva, il riferimento che ivi fa Bettiol in materia di stato di necessità è ambiguo, poiché, da un lato, dà per scontato un collegamento concettuale tra esso e l'istinto vitale, e, dall'altro, rifiuta il richiamo a qualsiasi criterio edonistico per trovare una soluzione al conflitto. Una confusione analoga si vede in G. GUADAGNO, *op. cit.*, p. 264. Sottolinea anche il legame con le cd. norme di civiltà, ma con riferimento al principio del bilanciamento dei beni, P. MIELE, *op. cit.*, p. 595. Si veda, *infra* § 4.

dotati di un contenuto squisitamente filosofico compongono l'idea di diritto, come: la giustizia, la sicurezza giuridica, la finalità, l'umanità, e così via<sup>64</sup>.

Infine, evitando l'uso di questa espressione si esclude qualsiasi insinuazione favorevole ad una concezione dello stato di necessità inteso come un conflitto tra il disvalore scaturente dalla commissione di un fatto tipico e il «valore positivo» che emerge da un'azione finalizzata alla salvaguardia di un bene in pericolo. E ciò perché in questi termini si dovrebbe presupporre che l'essenza dell'illecito risiede in modo escludente nel disprezzo dei valori fondamentali della convivenza sociale e non, innanzitutto, nella necessaria offesa arrecata al bene giuridico<sup>65</sup>. Per converso, una concezione del genere implica assumere che la finalità dell'autore è insita all'azione, dal che deriva che il dolo — ridotto alle sue componenti psicologiche di cognizione e volizione — appartiene ai tipi come loro aspetto soggettivo, provocando un inaccettabile sdoppiamento del giudizio di antigiuridicità, nel quale non solo verrà valutata la concreta lesione del bene giuridico, ma anche l'effettiva conoscenza «interna» della situazione da parte della persona necessitata, con la conseguente soggettivazione dell'antigiuridicità<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Si tratta, di certo, di una elencazione arbitraria, se si considera che questo argomento è stato discusso a lungo in ambito di filosofia del diritto. Ci riferiamo comunque ai valori che compongono l'idea di diritto nel pensiero di due filosofi che aderirono alla giurisprudenza dei valori: Gustav Radbruch e Max Ernst Mayer, entrambi del resto noti penalisti. Si veda, G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Trad. di J. MEDINA ECHAVARRÍA, Madrid, 2008, pp. 81-90; ID., *Introducción*, cit., pp. 31 e ss.; M. E. MAYER, *Filosofía del Derecho*, Trad. di L. LEGAZ Y LACAMBRA, Montevideo-Buenos Aires, 2015, pp. 190 e ss. Si veda, *infra* § 4.

<sup>65</sup> Come giustamente rileva F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 389-390, quest'impostazione influì in modo determinante sulla *große Strafrechtskommission* negli anni cinquanta, il cui concetto d'illecito era notoriamente influenzato dalle concezioni di Welzel e Gallas.

<sup>66</sup> Facciamo allusione, com'è evidente, alle grandi linee della teoria finalistica dell'azione di conio welzeliano. Giacché l'argomento supera di gran lunga il nostro obiettivo espositivo, in questa sede solo possiamo farne qualche cenno. La nostra critica risiede fondamentalmente nel fatto che il cd. «illecito personale» (una formula abbreviata per denominare la volontà malevola dell'esecutore) che emerge dal giudizio affermativo relativo al disvalore di azione, viola l'intimità della persona e comporta trasformare il giudizio di antigiuridicità in un giudizio soggettivo e personale, non distinguendosi pertanto dal giudizio di colpevolezza. Data la «doppia cittadinanza» dello stato di necessità, la confusione tra siffatti giudizi è particolarmente distorsiva dal punto di vista concettuale. Una acuta descrizione sui rapporti teorici-politici della dottrina dell'ingiusto personale — solitamente tenuti all'oscuro — in S. POLITOFF LIFSCHITZ, *El papel del factor subjetivo en las causas de justificación*, in L. LUISI, M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, J. L. GUZMÁN DALBORA, S. POLITOFF LIFSCHITZ (a cura di), *Política criminal y reforma penal*, Santiago del Cile, 1996, pp. 78-83. In un senso analogo, J. TAVARES, *Teorías del delito*, Trad. di N. PESSOA, Buenos Aires, 1983, pp. 70-72; G. BETTIOL, *Indirizzi metodici*, cit., p. 728, in cui critica la posizione che al riguardo sostiene De Marsico. Scettico, invece, M. PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcellona, 2016, p. 135. Sui tratti fondamentali di entrambi i giudizi, si veda V. VALENTINI, *op. cit.*, pp. 1340-1342.

1.3. L'analisi eseguita fin qui si è concentrata deliberatamente su alcune delle differenze tra questi tre concetti, il loro uso all'interno di certe scuole di pensiero in materia di metodologia giuridica e, infine, il modo in cui questo discorso incide sullo stato di necessità. Per converso, tratteremo più avanti l'analisi sui motivi strettamente dogmatici che hanno portato — sia a livello dogmatico che legislativo — a ritenere che il bilanciamento astratto di beni giuridici costituisca una soluzione inaccettabile viste le sue conseguenze se applicata ad oltranza, senza cioè considerare altri aspetti parimenti importanti.

Abbiamo preso questo percorso per un doppio motivo. In primo luogo, perché permette di premunirci di fronte al fatto che le posizioni contrarie al principio dell'interesse prevalente non sempre considerano le implicazioni derivanti dal modo in cui viene concepito l'oggetto del bilanciamento. Questo verrà chiarito nella sezione dedicata alle critiche rivolte al principio. Inoltre — ecco il secondo motivo —, perché una parte importante della teorizzazione relativa al bilanciamento o ponderazione s'è sviluppata in settori giuridici in cui la distinzione tra beni, interessi o valori non presenta le sfumature che ha nel penale, oppure è, rispetto ad essa, apertamente indifferente.

## 2. *Descrizione del bilanciamento e la sua presenza all'interno del diritto.*

2.1. Contrariamente a quanto ritenne Bricola, il bilanciamento — poco importa ora se di beni, interessi o valori — è stato considerato anche «un metodo giuridico degno di rispetto»<sup>67</sup>.

E occorre ribadire subito che si tratta di un metodo *giuridico* e non di un metodo o strumento di carattere esclusivamente penale. Anzi, è al di fuori della nostra disciplina che

---

<sup>67</sup> Cfr. W. HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Trad. di P. ZIFFER, Buenos Aires, 2003, p. 63. «Chi vuole risolvere o anche soltanto decidere attorno un conflitto di interessi — continua l'Autore — deve valutare e gerarchizzare gli interessi». Secondo Hassemer, si tratterebbe di un metodo «moderno», data la sua capacità di offrire una risposta a seconda della complessità dei casi. In un senso analogo, G. AZZALLI, *op. cit.*, p. 357.

si trovano i tentativi più consistenti e sistematici di definire, tra le altre cose, cosa s'intende per bilanciamento, cosa si bilancia e chi lo esegue<sup>68</sup>.

Per contro, il materiale disponibile in ambito penale per ricostruire il principio è piuttosto scarso. Come abbiamo già accennato all'inizio, in esso ciò che si avverte solitamente è una mera enunciazione del principio, senza ulteriori approfondimenti concettuali, rimanendo quindi più vulnerabile alle critiche.

Sempre a proposito dello stato di necessità, in questa sede spiegheremo brevemente in quale senso il bilanciamento costituisca un *metodo*. Faremo poi cenno ai criteri che l'agente del bilanciamento — precedentemente individuato — deve considerare nell'operazione da lui realizzata. Questi ultimi aspetti, non sempre trattati con l'attenzione che meritano, diventeranno fondamentali quando si tratterà di delineare assiologicamente il principio dell'interesse prevalente quale fondamento dello stato di necessità.

2.2. In generale, si suole definire il bilanciamento come una tecnica di argomentazione giuridica che assume l'esistenza di un conflitto fra due o più principi del diritto, beni giuridici, o interessi tutelati dal diritto, per decidere quale debba prevalere nel caso concreto e, eventualmente, in applicazione di quali parametri di giudizio<sup>69</sup>. Il bilanciamento finisce, pertanto, per stabilire qual è, nel caso concreto, il principio, bene giuridico o interesse che prevale. Si tratta, dunque, di uno strumento che consente di dirimere ragionevolmente un conflitto che si verifica nella vita reale.

Nel caso dello stato di necessità, questo conflitto consiste nell'impossibilità di sussistenza simultanea di due o più interessi giuridicamente protetti. La ponderazione, dunque, incombe su oggetti — beni giuridici di titolarità individuale o collettiva — che già godono di protezione giuridica. Insistiamo su questo aspetto, apparentemente ovvio, poiché ci serve per escludere dalla nostra analisi il bilanciamento — coesenziale a tutte le scelte

---

<sup>68</sup> In particolare, in ambito costituzionale. Al riguardo si veda, tra gli altri, R. BIN, *op. cit.*, pp. 62 e ss.; B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlino, 1975, pp. 131 e ss.; R. ALEX, *op. cit.*, pp. 162 e ss. Si veda, contro la tesi del cd. «costituzionalismo principialista» di Ferrajoli e il fatto che quest'Autore stabilisca un'identità concettuale tra il bilanciamento giudiziario e la vecchia «interpretazione sistematica», gli acuti spunti di G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 56, N° 1, 2011, pp. 984-987.

<sup>69</sup> Così, G. ITZCOVICH, *L'integrazione europea tra principi e interessi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 2, 2004, p. 387. In un senso analogo, F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., pp. 1048-1049.

legislative — eseguito dal legislatore (ordinario o costituzionale) quando è chiamato a decidere sulla opportunità o inopportunità di tutelare giuridicamente qualcosa<sup>70</sup>.

Questo bilanciamento — detto anche bilanciamento «in senso latissimo»<sup>71</sup> — ha un legame solo indiretto con lo stato di necessità se accettiamo che il giudice deve in qualche modo riprodurre il bilanciamento previamente eseguito dal legislatore. In ogni modo, il conflitto che sta alla base dello stato di necessità presuppone che previamente il legislatore abbia ritenuto degni di tutela gli interessi coinvolti. Altrimenti non si spiega — e su questo torneremo più avanti — che uno dei primi criteri da considerare nella ponderazione di questa scriminante sia l'entità delle sanzioni previste per la loro tutela.

Ciò premesso, dobbiamo escludere dalla nostra analisi il bilanciamento che si verifica all'interno di altri settori della teoria del reato. È vero che la teoria generale penalistica del Novecento ha focalizzato il problema del bilanciamento a proposito delle cause di giustificazione, ma è altrettanto vero che esso si presenta anche, una volta accertata l'esclusione della scriminante, quando il giudice valuta l'eventuale verifica di cause di esclusione della colpevolezza o di cause di non punibilità in senso stretto<sup>72</sup>. Un discorso analogo si potrebbe sostenere a proposito del procedimento eseguito dal giudice in sede di commisurazione della pena<sup>73</sup>. In tutti questi casi, però, si tratta di ponderazioni che sono disciplinate da un'altra tipologia di criteri, la cui descrizione supera lo scopo di questa indagine<sup>74</sup>.

2.3. Ebbene, il bilanciamento che avviene in materia di stato di necessità viene svolto, *in linea di massima*, dal giudice, almeno quando la scriminante è disciplinata in modo più o meno ragionevole. In effetti, nulla impedirebbe che il legislatore optasse per disciplinarla prevedendo *ex ante* una elencazione esauriente dei conflitti suscettibili di essere annoverati

<sup>70</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Scritti*, cit., p. 1493.

<sup>71</sup> Cfr. M. BARBERIS, *Legittima difesa e bilanciamento*, in A. BERNARDI, P. BALDASSARE, A. PUGGIOTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 91. A nostro avviso, ha ragione l'Autore quando lo ritiene non una tecnica di argomentazione giuridica, quanto piuttosto una mera «attività», vista l'assenza di un obbligo di motivazione. Dal canto nostro, possiamo aggiungere che non si può ritenere una tecnica nel suddetto senso perché, innanzitutto, l'interprete (il giudice) non è per niente vincolato ad interpretarle a seconda di quanto dicano gli atti parlamentari o costituzionali, a prescindere dall'assenza o meno di un obbligo di motivazione.

<sup>72</sup> Così, M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., pp. 60-61.

<sup>73</sup> Cfr. A. BARATTA, *op. cit.*, p. 92.

<sup>74</sup> Per un'analisi dettagliata rinviamo a M. DONINI, *op. cit.*, pp. 709-712. Si veda anche, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, pp. 39 e ss.

entro i suoi confini<sup>75</sup>. Anzi, questo è in qualche modo ciò che capita in quei ordinamenti che, tramite una discutibile tecnica legislativa, preferiscono circoscrivere l'operatività dell'istituto al conflitto subito solo da una certa classe di beni giuridici<sup>76</sup>. Se il giudice si occupasse solo di bilanciare beni giuridici, tralasciando altri fattori, una tecnica legislativa del genere sarebbe pure prospettabile<sup>77</sup>.

Ma in realtà non è così, o almeno non dovrebbe esserlo se non si vuole snaturare l'istituto. Lungi dall'essere una questione di mere opzioni legislative, vi è in gioco nientemeno che il concetto stesso di stato di necessità.

Nella sezione precedente abbiamo accennato che lo stato di necessità comporta la ponderazione degli interessi anziché beni proprio perché nel bilanciamento si devono prendere in considerazione criteri che, per così dire, stanno al di fuori dei beni giuridici in senso stretto. Questo spiega perché il *quantum* delle pene sia solo *uno* dei diversi fattori di cui tener conto. La pena non è un indicatore autosufficiente<sup>78</sup>. E non lo è soltanto perché, come vedremo in seguito, vi sono altri criteri da considerare, bensì perché le pene, oltre ad indicare il valore attribuito ad un dato bene giuridico, indicano anche la specie e la misura della violazione. Detto altrimenti, non importa solo il valore generico astratto dell'interesse tutelato, ma anche il valore specifico che si associa a questo interesse nel caso particolare<sup>79</sup>.

Potrebbe darsi, infatti, che in certe circostanze la violazione di un bene gerarchicamente superiore abbia minore rilevanza di fronte alla violazione di un altro bene gerarchicamente

---

<sup>75</sup> Come difatti fu disciplinato dal diritto comune. Si veda, al riguardo, A. ORMANNI, «Stato di necessità» (diritto romano), in *Enc. dir.*, cit., pp. 822-847. Come giustamente affermò S. SOLER, *op. cit.*, p. 468 «il superamento che la dottrina e la codificazione moderna comportò consisté, per l'appunto, nell'estrarre da disposizioni isolate, specie in tema di furto, la questione dello stato di necessità, per fare di essa una causa generale di giustificazione». Questa transizione comportò, a sua volta, una generalizzazione dei termini delle scriminanti e, dunque, una perdita di tassatività di esse, come giustamente sottolinea J. J. MORESO, *Principio de legalidad y causas de justificación*, in *Doxa*, N° 24, 2001, pp. 535-536.

<sup>76</sup> Certamente non è questa la sede per approfondire i motivi per criticare una siffatta scelta legislativa. Limitiamoci a segnalarne due. In primo luogo, probabilmente riemergerebbe fino all'infinito la discussione sullo spazio che spetterebbe allo stato di necessità sovralegale, resistito ancora da una parte importante della dottrina (così, tra gli altri, M. DONINI, *op. cit.*, p. 708; E. NOVOA MONREAL, *Curso*, cit., p. 358, nota 4). In secondo luogo, comporterebbe di sbarrare «l'accesso nel sistema penale dei molteplici e variabili interessi sociali emergenti», come sostiene F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 1046. Cfr. anche, M. DE RIVACOBAY RIVACOBAY, *Las causas de justificación*, cit., pp. 40-41.

<sup>77</sup> Così, ad esempio, V. CAVALLO, *op. cit.*, pp. 172-174.

<sup>78</sup> Così già, tra gli altri, A. MOLARI, *op. cit.*, p. 75, nota 38; G. STRATENWERTH, L. KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Monaco, 2011, p. 142.

<sup>79</sup> Così, ad esempio, E. BACIGALUPO, *Principios*, cit., p. 272.

inferiore<sup>80</sup>. Si pensi, ad esempio, al soggetto che consente la distruzione di un dipinto di Matta come unico mezzo per evitare una infima e irrilevante ammaccatura sul dito, malgrado il fatto che il bene giuridico «salute» è in astratto di maggior gerarchia che il bene giuridico «proprietà»<sup>81</sup>.

D'altronde, ancorarsi solo a questo criterio potrebbe diventare particolarmente problematico in quelle legislazioni la cui gerarchizzazione dei beni giuridici è, all'interno dei rispettivi codici penali, quantomeno equivoca<sup>82</sup>. Inoltre, un tale criterio è insufficiente se si considera che talora l'importo delle pene risponde a considerazioni di ordine politico-criminale, come la reiterazione con cui un dato delitto si commette all'interno di una società determinata<sup>83</sup>.

In ogni caso, a prescindere di questo aspetto — non meno rilevante ma comunque contingente —, la principale ragione che dimostra quanto limitato è un approccio di questo tipo è piuttosto dogmatica. Gli esiti di un bilanciamento che considerasse solo il valore che l'ordinamento attribuisce ai beni giuridici attraverso l'importo delle pene sarebbero sconcertanti. E a dimostrazione di questo, bastino gli esempi di scuola dell'espianto non consentito del rene (o di sangue) di Tizio per salvare la vita di Caio oppure il caso del magnate che un bel giorno di pioggia priva il mendicante del suo ombrello per proteggere e non rovinare il suo costoso abito<sup>84</sup>. In entrambi i casi, il bene giuridico salvaguardato — la vita e il costoso abito — hanno in astratto un valore più alto rispetto a quelli che vengono

<sup>80</sup> Si veda già in tal senso, presso la dottrina tedesca, E. HEINITZ, *Das problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, Breslavia, 1977 (ristampa dell'edizione del 1926), pp. 33-34, e la bibliografia ivi citata; C. ROXIN, *Lo stato di necessità difensivo provocato dall'uomo*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione* (a cura di S. MOCCIA), Napoli, 1996, pp. 306-308; in italiano, a proposito della disciplina tedesca, G. FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale*, cit., p. 35.

<sup>81</sup> L'esempio, leggermente modificato, è tratto da R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 628. In un senso analogo, di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 616, nm. 854.

<sup>82</sup> Come rispetto all'Italia denunciava F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale*, cit., p. 1499, nota 80, in cui addirittura sostenne: «Né appare possibile una gerarchia articolata sull'entità delle sanzioni previste per la tutela dei vari interessi. Forse un'indicazione in tal senso potrebbe venire dalla graduazione delle sanzioni per le varie fattispecie in un codice nuovo, adeguato alla Costituzione; e, quindi, non dal codice Rocco il quale riflette singolari e sorpassate gerarchie di beni». Ribadisce — peraltro, sulla scia di Bricola — la necessaria integrazione su questo versante tra legge fondamentale e legge ordinaria e, in particolare, la opportunità di desumere la gerarchia dei beni dal dettato costituzionale, G. INSOLERA, *op. cit.*, pp. 72-73, nota 9.

<sup>83</sup> Così, M. M. OSSANDÓN WIDOW, *Aborto y justificación*, in *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 N° 2, 2012, p. 345; di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 613.

<sup>84</sup> Ai quali ricorrono, tra gli altri, D. FUENTES FERARRA, *op. cit.*, p. 68; J. HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 557, H. ROLDÁN BARBERO, *op. cit.*, p. 516; E. NOVOA MONREAL, *Curso*, cit., p. 367; più di recente, W. FRISCH, *Derecho penal y solidaridad*, in *Indret*, N° 1, 2016, in: <http://www.indret.com/pdf/1255.pdf>, 24 giugno 2017, p. 13; I. COCA VILA, *La colisión entre razones de obligación en Derecho penal*, in *Indret*, N° 2, 2017, in: <http://www.indret.com/pdf/1293.pdf>, 23 giugno 2017, p. 24.

sacrificati — l'integrità fisica, la libertà di movimento o il valore economico dei vestiti del mendicante —, ma si tratta di una conclusione che per lo meno ignora il *valore assoluto* della dignità umana, che, al di là delle particolarità costituzionali di un dato ordinamento, dovrebbe fungere comunque da pilastro fondamentale degli stati liberali e dell'attività giuridica nella sua interezza, cioè legislativa e giudiziale<sup>85</sup>.

Va detto però che questa concezione del bilanciamento è oggi completamente superata sia a livello legislativo che dottrinale<sup>86</sup>. Attualmente è sedimentata, per converso, l'impostazione che considera che il compito principale del diritto è garantire la pace sociale attraverso una disciplina ragionevole dei reciproci rapporti tra i consociati (e tra i consociati e lo Stato), con cui evitare, per l'appunto, il *bellum omniun contra omnes*, non a caso considerato il fondamento dell'istituto nella fase probabilmente meno sofisticata della discussione, il Medioevo<sup>87</sup>.

Occorre ribadire, tuttavia, che questa concezione limitata del bilanciamento non è solo criticabile a partire dalle nefaste conseguenze che ne deriverebbero. Sebbene la linea divisoria tra l'ambito giuridico e quello politico-ideologico in tema di stato di necessità — o più in generale, in materia di scriminanti — è per definizione sottile, vi sono comunque delle considerazioni strettamente concettuali che rendono ancora più sensata — oltre che consigliabile *de lege ferenda* — l'apertura del giudizio di ponderazione.

---

<sup>85</sup> Il riconoscimento giuridico-positivo di questo valore assoluto è strettamente collegato alla questione della titolarità dei beni giuridici, il cui quadro di opinioni si può strutturare a partire dalle differenze tra le scuole metodologiche descritte nella prima parte del presente capitolo. Sul carattere attribuito alla dignità umana in tema di stato di necessità — ovvero se solo uno dei criteri da considerare nel bilanciamento oppure un pilastro fondamentale del sistema in generale —, cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho penal*, Navarra, 2005, pp. 514-515. Si veda anche, F. MOLINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 30-31; C. ROXIN, *op. cit.*, p. 717.

<sup>86</sup> Cfr., per tutti, F. MOLINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 27 e ss.

<sup>87</sup> Impostazione dalla quale diventa parimenti criticabile la tesi dell'indifferenza del diritto nei casi di conflitto tra due interessi equivalenti, difesa in passato da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale* (a cura di G. D. PISAPIA e aggiornato da P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA), Vol. II, Torino, 1981, p. 431 e P. NUVOLONE, *op. cit.*, pp. 122-123; più di recente, si veda S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 563; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 381. Una severa critica si trova già in U. GIULIANI, *op. cit.*, p. 75, in cui persino sostenne: «Va oltre a ciò osservato che il diritto in genere ha la funzione di evitare conflitti dannosi per la pace sociale: per tanto appare problematica la tesi secondo cui innanzi a un certo conflitto l'ordinamento resterebbe passivo». In senso analogo, in spagnolo, J. L. GUZMÁN DALBORA, *La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación*, in *Cultura y delito*, Bogotà, 2010, pp. 19 e ss.



In merito sono assai chiarificatrici le riflessioni sviluppate dalla dottrina tedesca, storicamente più stimolata a riflettere su questo punto, data l'importanza che ha tradizionalmente attribuito all'istituto<sup>88</sup>.

a) Come abbiamo osservato precedentemente, una delle conquiste più notevoli della giurisprudenza degli interessi consistette nel fatto di spostare la titolarità del bene giuridico dallo Stato verso il singolo. Da lì in poi — seppur con un prolungato e tragico periodo in cui la massima s'interruppe<sup>89</sup> — il diritto penale cominciò a volgere lo sguardo alla tutela di sfere giuridiche individuali, le quali dovevano rimanere il più possibile «impermeabili» rispetto alle aggressioni esterne.

Al di là delle eccezioni provenienti dalle limitazioni legali del diritto della proprietà oppure da quelle legate al potere di esproprio dello Stato, il problema fu che una pretesa del genere — cioè l'*assoluta* impermeabilità delle siffatte sfere — si presentava come difficilmente praticabile<sup>90</sup>. Le esigenze della vita sociale, al contrario, imponevano in taluni casi un certo grado di sacrificio degli interessi individuali in funzione della tutela di interessi di altri cittadini o dell'intera collettività. Già nel 1926 Ernst Heinitz sostenne che «nella teoria del principio dell'interesse prevalente si trova compreso il pensiero profondamente etico della solidarietà di tutti i membri della comunità», il quale conduce — tramite l'esigenza d'una certa misura di altruismo che l'etica sociale richiede agli uomini — ad una «prudente e restrittiva applicazione della teoria della collisione»<sup>91</sup>.

La consapevolezza su questo dilemma costituì una pietra miliare nella storia dogmatica dello stato di necessità. Da quel momento venne sistematicamente chiamato in causa il cd. principio di solidarietà, come — almeno in questa prima fase — *limite* contro gli eccessi di un bilanciamento schiavo dell'importo delle pene<sup>92</sup>. L'interrogativo di fondo, dunque, non

<sup>88</sup> Cfr. *supra*, Introduzione, testo e nota 77.

<sup>89</sup> Com'è noto, si trattò di una conquista la cui durata finì bruscamente quando cominciarono ad emergere i totalitarismi europei, dove la massima, com'è noto, venne grossolanamente rovesciata; si trattò di ordinamenti giuridici in cui, per dirla con la acuta sintesi di M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Orden político y orden penal*, in *Revista chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 2, 1995, p. 206, «la comunità è l'essenziale, mentre l'individuo è un accidente; quella è un fine in sé; questo, invece, non è altro che un mero strumento caduco e transitorio». Una descrizione sostanzialmente analoga di ciò che è stato chiamato «totalitarismo penale», in G. BETTIOL, *Diritto penale e politica*, in *Il problema penale*, Palermo, 1948, pp. 44-45.

<sup>90</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 376 e ss.

<sup>91</sup> E. HEINITZ, *op. cit.*, pp. 37-38.

<sup>92</sup> Si noti che il cd. principio di solidarietà apparve *ab origine* non come fondamento dello stato di necessità giustificante, bensì come limite contro gli eccessi del principio del bilanciamento. Benché siffatto principio abbia cominciato ad imporsi gradualmente come posizione in tema di stato di necessità aggressivo dalla

era altro che il modo di temperare il principio della intangibilità della sfera giuridica individuale con l'opposto principio di solidarietà del cittadino verso il prossimo.

Nonostante il fatto che lo scenario dottrinale in cui questo dilemma riemerse fu la discussione sullo stato di necessità aggressivo del diritto civile — disciplinato ancora nel § 904 del *BGB* —, il cui ambito di applicazione è ben circoscritto (la lesione del *diritto di proprietà* di un terzo estraneo alla fonte del male o pericolo), la sua struttura ha comunque permesso che alcuni aspetti della discussione si estendessero al dibattito penale<sup>93</sup>.

In questo modo venne portato in primo piano l'antico § 360 n. 10 del *StGB* del 1871, il quale prevedeva l'obbligo di prestare aiuto all'autorità in situazioni di pubblico pericolo. Il richiamo a questa fattispecie fu doppiamente determinante per il discorso sul fondamento dello stato di necessità. In primo luogo, perché tramite una interpretazione *a fortiori*, si ritenne che se l'ordinamento imponeva al singolo di *attivarsi* nell'interesse collettivo, a maggior ragione gli imponeva di tollerare una lesione della propria sfera giuridica, indispensabile alla salvaguardia di un interesse altrui notevolmente prevalente. Inoltre, siccome in questa figura soggiaceva il limite del pericolo alla vita o all'integrità fisica del soggetto tenuto al soccorso, era logico ritenere che tale limite dovesse valere anche rispetto al dovere di tollerare l'azione del soggetto necessitato.

A partire da questo esercizio ermeneutico, la dottrina tedesca dedusse, coerentemente, che mai si sarebbe potuta ritenere lecita una condotta che *trasferisse* un pericolo per la vita o l'integrità fisica di un soggetto su di un soggetto estraneo alla situazione di pericolo (come nel caso di scuola dell'estrazione non consentita del rene)<sup>94</sup>. Negare ciò avrebbe significato ammettere un altruismo franteso, che nasconde abilmente la premessa da cui muove, cioè che la titolarità dei beni giuridici risiede, a fin dei conti, nello Stato e che ciò che solamente conta è il saldo sociale positivo dell'azione.

---

seconda metà del secolo XX in poi, è altresì vero che già l'antico diritto germanico temperò la massima *necessitas non habet legem* («Not kennt kein Gebot») col dovere di assistenza, il quale emerse, appunto, dal sentimento di solidarietà che doveva «attivarsi» specie a favore dei viaggiatori, donne in gravidanza e poveri. Al riguardo di veda, C. BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, Rio de Janeiro, 2002, 107-108. Sul principio di solidarietà in quanto fondamento dello stato di necessità giustificante, si veda *infra*, cap. II, § 1.

<sup>93</sup> Così già, E. HEINITZ, *Das problem*, cit., p. 30. In tal senso, si veda anche L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. IV, p. 294, in cui sostenne: «il diritto privato di alcuni paesi ha formule più perfette che gli stessi codici penali, come capita in Germania». Va detto che la situazione descritta da Jiménez de Asúa corrispondeva a quella previa al Codice del 1975.

<sup>94</sup> F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 378 e la dottrina tedesca ivi citata.

Questo sforzo interpretativo trovò un importantissimo sostegno teorico nelle idee contenute nel paradigmatico articolo di Stratenwerth del 1956, nel quale si riprende in qualche misura l'idea kantiana della intangibilità delle sfere di autonomia attribuendole addirittura lo *standard* di principio fondamentale del diritto e della convivenza civile<sup>95</sup>. A grandi linee, per quest'impostazione l'invasione nella sfera di autonomia altrui comporta *prima facie* un turbamento anche contro il pacifico ordinamento della vita sociale, il quale eccezionalmente diventa tollerabile quando sia ragionevole richiedere al singolo — per il bene del suo prossimo e/o dell'intera collettività — un sacrificio di portata paragonabile a quello che si realizza attraverso l'espropriazione di un suo bene patrimoniale<sup>96</sup>.

Sia nel dibattito civilistico sia in quello strettamente penalistico era assai importante stabilire col maggior grado di precisione possibile i margini di siffatta invasione o turbamento<sup>97</sup>, giacché la premessa da cui muove l'istituto è l'innocenza del terzo aggredito dall'azione necessaria, ipotesi su questo versante opposta allo stato di necessità difensivo di cui al § 228 *BGB* (peraltro ancora vigente), in cui la persona necessitata si limita a respingere una intrusione nella propria sfera giuridica danneggiando la sfera giuridica della persona dalla quale proviene il male o pericolo. Proprio questa differenza spiega che, in merito al bilanciamento, questa norma non richieda una differenza notevole, ma soltanto che il danno causato non sia «sproporzionatamente più grave» di quello evitato.

Dalla prospettiva dei beni giuridici coinvolti, il discorso civilistico è stato indubbiamente meno spinoso da sostenere rispetto a quello penalistico. Nel primo caso si tratta della proprietà, la quale nella maggior parte dei casi è suscettibile di essere quantificata o misurata. D'altronde, il diritto civile, dato il suo tradizionale e storico scopo, è munito di istituzioni — si pensi al principio dell'arricchimento senza causa come fonte d'obblighi — che permettono gestire più agevolmente l'invasione delle sfere altrui. Ciò spiega che molti

---

<sup>95</sup> *Prinzipien der Rechtfertigung*, in *ZStW*, N° 68, 1956, pp. 41 e ss. Il principio o nozione di autonomia fu principalmente trattata da Kant in, *La Metafisica de las costumbres*, Trad. di A. CORTINA ORTS, J. CONILL SANCHO, Madrid, 2005, pp. 58 e ss. Una descrizione critica del pensiero kantiano, di recente, in M. PAWLIK, *Solidaridad como categoría de legitimación jurídico-penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 27, 2017, pp. 223-227. Per quanto riguarda la dottrina italiana, l'autonomia fu considerata da G. BETTIOL, *Istituzioni*, cit., p. 90, come *valore*, la cui funzione consiste, appunto, nel fungere da criterio di soluzione di tante situazione di conflitto. Di recente, si veda, J. HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, Friburgo-Monaco, 2015, pp. 169 e ss.

<sup>96</sup> Si veda, in italiano, F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 379.

<sup>97</sup> Cfr. E. HEINITZ, *op. cit.*, p. 38.

ordinamenti, tra cui l'italiano e il tedesco, prevedano il diritto del proprietario aggredito di essere risarcito<sup>98</sup>.

In ambito penale la questione è diversa. E lo è ancora di più quando il conflitto non coinvolge beni giuridici di portata patrimoniale, bensì beni giuridici di carattere personalissimo, come la vita o l'integrità fisica<sup>99</sup>. Essi non possono essere «funzionalizzati» a vantaggio dell'interesse collettivo, almeno non all'interno di un ordinamento che pretende di soddisfare le richieste della democrazia e la libertà. Una funzionalizzazione di questo tipo è possibile solo laddove si accetti che gli uomini esistono per il diritto penale e la sua scienza e non viceversa; in una parola, laddove si accettino le premesse del concettualismo<sup>100</sup>. A nostro avviso, per converso, l'ordinamento deve essere funzionale alla tutela della libertà e personalità dell'individuo e ciò comporta che il bene vada considerato nel suo rapporto — in termini di interesse — col titolare, e vada visto in funzione dello sviluppo, dell'espressione della personalità nella società civile<sup>101</sup>.

Indubbiamente gli spunti precedenti furono determinanti nella struttura che poco dopo adottò lo stato di necessità penale di cui al § 34 *StGB* del 1975. Dalla sua lettura s'avverte, da un lato, che per l'attuazione della scriminante è indispensabile che l'interesse protetto prevalga in modo essenziale su quello leso e, da un altro lato, la tendenziale illiceità del sacrificio di beni altamente personali.

In deroga a quanto precede, una parte non trascurabile della dottrina considera che queste «integrazioni» sono solo parzialmente in grado di evitare possibili applicazioni aberranti del bilanciamento degli interessi. Al contrario, era indispensabile — s'intende, nel quadro della discussione sulla riforma del *StGB* — un *addendum* ancora più esplicito a tal fine. Parafrasando Heinitz, era necessaria una clausola che eliminasse l'obiezione che il

<sup>98</sup> In tale senso, si veda E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., p. 216.

<sup>99</sup> Sottolineò questa differenza, L. SCARANO, *op. cit.*, pp. 128-129.

<sup>100</sup> Cfr. M. de RIVACOBAY RIVACOBAY, ¿*Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?*, cit., p. 119; A. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 427; G. BETTIOL, *Indirizzi metodici*, cit., p. 729.

<sup>101</sup> Così, S. MOCCIA, *op. cit.*, pp. 355-356. In un senso analogo, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, pp. 922 e ss. In spagnolo, si veda J. TAVARES, *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Trad. di M. CUÑARRO, Buenos Aires, 2004, pp. 84 e ss.

bilanciamento degli interessi contraddiceva la dignità del diritto e che permettesse, per contro, che il principio della collisione fosse «rettamente interpretato»<sup>102</sup>.

b) La parte finale del primo comma del § 34 *StGB* prevede, inoltre, che l'azione necessitata «rappresenti un mezzo adeguato ad evitare il pericolo»<sup>103</sup>. Questa clausola fu introdotta per rimpiazzare la proposta originale della *große Strafrechtskommission* che voleva includere nella disciplina dello stato di necessità giustificante l'*inesigibilità* della sopportazione del pericolo da parte dell'agente, presupposto storicamente e dogmaticamente associato alla colpevolezza ed allo stato di necessità scusante. Al suo posto, su proposta di Jescheck, fu incluso il riferimento dell'adeguatezza del mezzo rispetto allo scopo perseguito, intesa non di certo come la mera idoneità della condotta al conseguimento dello scopo di salvaguardia del bene, ma piuttosto come la conformità della condotta alle dominanti concezioni etico-sociali<sup>104</sup>.

A prescindere da questo aspetto di storia legislativa, i motivi che condussero alla inclusione di questa clausola si possono riassumere nel modo seguente. In primo luogo, le integrazioni del principio del bilanciamento degli interessi avevano lo sguardo rivolto ai conflitti tra interessi di natura individuale e, in tal senso, mostravano un *deficit* di chiarezza nell'affrontare i casi in cui vi era un conflitto tra interessi di natura pubblica o tra un interesse pubblico e un interesse privato. In altre parole, si temeva che una sopravvalutazione di siffatti correttivi finisse per indebolire l'efficacia delle norme poste a tutela di beni collettivi. L'esempio riportato da Viganò in tal senso è assai chiarificante: «‘pesa’ di più (...) l'interesse alla salubrità delle acque di un fiume ovvero l'interesse alla sopravvivenza di un'impresa e alla correlativa conservazione — poniamo — di venti posti di lavoro, quando l'imprenditore alleghi — dati di bilancio alla mano — di non essere in grado di far fronte ai costi di un impianto di depurazione conforme alla normativa vigente?»<sup>105</sup>.

Tornando all'ipotesi di conflitto tra interessi individuali, in secondo luogo, i correttivi indicati rischiavano di rivelarsi troppo rigidi, come difatti dimostrò la vicenda giudiziale del

<sup>102</sup> E. HEINITZ, *op. cit.*, p. 38. Si veda anche, ID., *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, in P. BOCKELMANN, W. GALLAS (a cura di) *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Gottinga, 1961, pp. 266 e ss.

<sup>103</sup> Versione italiana tratta da *Il codice penale tedesco* (a cura di S. VINCIGUERRA), Padova, 1994, p. 55.

<sup>104</sup> Si veda, *Probleme der Strafrechtsreform*, seduta 6 (21-24/06/1955), *Die sechste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission*, p. 2. In sede dottrinale, H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, pp. 389-390. Una sintesi di questo percorso legislativo, in F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 385.

<sup>105</sup> F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 382-383.

1927 sull'aborto terapeutico, nella quale il *Reichgericht* riconobbe l'operatività del cd. stato di necessità extralegale<sup>106</sup>. Questa pronuncia richiese un insieme di presupposti per la verifica della scriminante che, a rigore, non erano collegati al principio del bilanciamento degli interessi<sup>107</sup>. Prova ne è che se mancava uno qualsiasi di essi — si pensi solo al consenso della donna<sup>108</sup> — il giudizio riferito esclusivamente al bilanciamento rimaneva inalterato. Il fondamento della liceità dell'aborto terapeutico non era, dunque, il mero saldo sociale positivo, bensì l'adeguatezza del fatto alle dominanti concezioni etico-sociali<sup>109</sup>. Sarebbe tramite questa clausola — e non attraverso di una concezione ampia del bilanciamento degli interessi nella quale venga compreso, ad esempio, il rispetto incondizionato della dignità umana — che la giustificazione viene esclusa nei casi di scuola sopra citati.

Ciononostante, la domanda che si pose la dottrina sin dall'inizio riguardò proprio la efficacia di siffatta clausola, sulla quale vi è un quadro di opinioni assai contrastanti.

Vi sono, da un lato, coloro che la ritengono una formula vuota. Infatti, se il bilanciamento s'interpreta più ampiamente, come cioè l'apertura di uno spazio di gioco (in senso formale) per la completa ammissione, valutazione ed equilibrio di tutti gli elementi — fattuali e normativi — che si considerano nel caso concreto, la clausola di adeguatezza diventerebbe superficiale, perché tutto ciò che si situa entro tal formula è già stato «oggetto di ripartizione tra gli interessi in conflitto»<sup>110</sup>. In altri termini: non si capisce il senso di richiedere l'adeguatezza etico-sociale dell'azione effettuata in stato di necessità se la transizione dal bilanciamento dei beni verso il bilanciamento degli interessi significò già

---

<sup>106</sup> All'epoca era ancora vigente lo *StGB* del 1871, il quale non prevedeva lo stato di necessità giustificante, ma solo lo scusante di cui ai §§ 52 e 54, differenziati tra di loro a seconda della fonte (umana e naturale, rispettivamente) del pericolo.

<sup>107</sup> Cfr. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 390. Invece, secondo G. FORNASARI, *I principi*, cit., 277, lo stato di necessità sovrallegale «costituiva *applicazione diretta* del principio del bilanciamento dei beni». Il corsivo è nostro.

<sup>108</sup> In particolare, la sentenza richiese il consenso della donna, l'abilitazione professionale del medico che praticò l'intervento e la «coscienziosa valutazione delle circostanze del caso». Un'attenta analisi di questa sentenza in A. BARATTA, *op. cit.*, pp. 16 e ss., 43 e ss., e 67 e ss.; U. GIULIANI, *op. cit.*, pp. 114 e ss.

<sup>109</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 384.

<sup>110</sup> Cfr. R. MERKEL, *La Filosofía, ¿«convidado de piedra» en el debate del Derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos (y algunos equívocos generalizados a propósito de la cláusula de ponderación de intereses en el estado de necesidad: primer inciso del § 34 StGB)*, in *La insostenible situación del Derecho penal*, cit., p. 189.

l'abbandono di una concezione puramente utilitaristica dei *pro* e dei *contro* della condotta necessitata dal punto di vista «utile» netto per la società<sup>111</sup>.

Altri invece, considerano che la clausola dell'adeguatezza del mezzo utilizzato ha un significato autonomo che deve anche venir preso in considerazione dal giudice, il quale esegue, in questi termini, una «doppia valutazione»<sup>112</sup>. In altre parole, anche se il valore dell'interesse salvaguardato prevale su quello alla fine leso, la giustificazione del fatto non è scontata. All'interno di questa impostazione vi sono una serie d'indirizzi che hanno in comune il fatto di ridurre la clausola a nozioni che ben possono essere concepite come *valori* nel senso neokantiano del termine, cioè come nozioni che integrano e condizionano l'attività giuridica nella sua interezza. Esempi paradigmatici in tal senso sono le interpretazioni che di essa formulano Jescheck-Weigend e Roxin, i quali collegano la clausola ai limiti che scaturiscono dalla giustizia e dalla dignità umana, rispettivamente. Infatti, la prima coppia di Autori considera che il fatto è *adeguato* solo se, nella situazione concreta, l'azione «è fondata, è degna di approvazione ed è permessa nell'interesse della giustizia»<sup>113</sup>. Dal canto suo, Roxin interpreta la clausola nel senso che la violazione della dignità umana non è mai un mezzo adeguato per la preservazione di interessi; la dignità costituisce un valore assoluto non suscettibile di sacrifici di nessuna specie<sup>114</sup>.

Un altro indirizzo dentro all'impostazione che riconosce qualche senso a questa clausola è quello che difeso da Jakobs e Joerden. Si tratta però di due interpretazioni che, a ben vedere, dissentono dallo *status* che ne attribuiscono gli autori appena citati. Jakobs considera che la clausola è un mandato rivolto al giudice che deve verificare se il fatto non sia coperto da una causa di giustificazione speciale<sup>115</sup>. In altre parole, la clausola dell'adeguatezza andrebbe letta come espressione del principio di specialità, in forza del quale ove un determinato conflitto di interessi sia già oggetto di una regolamentazione *ad hoc*, un'applicazione del § 34 *StGB* sarebbe *a priori* esclusa<sup>116</sup>. Da questa prospettiva, dunque, la clausola dell'adeguatezza dell'azione non avrebbe lo *status* di principio

<sup>111</sup> Paradigmatico in tal senso, T. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 116 e ss. In spagnolo, si veda, J. HURTADO POZO, *op. cit.*, pp. 561-562.

<sup>112</sup> In tal senso, J. WESSELS, *op. cit.*, p. 90; M. GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 144; A. REYES ECHANDÍA, *Antijuridicidad*, Bogotá, 1989, p. 69.

<sup>113</sup> H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 390.

<sup>114</sup> C. ROXIN, *op. cit.*, p. 717.

<sup>115</sup> Cfr. G. JAKOBS, *Derecho penal*, cit., pp. 514-519.

<sup>116</sup> F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 396.

assiologico — come ritiene, all'opposto, Roxin — ma solo di principio logico il cui scopo è risolvere potenziali antinomie<sup>117</sup>. In termini più moderati, Joerden sostiene che la funzione della clausola sarebbe quella di fungere da barometro di generalizzazione. Ovvero, l'atto soddisfa la clausola solo se il giudice è in grado di affermare che esso sarebbe accettabile in tutti gli altri casi<sup>118</sup>. Un'impostazione del genere è criticabile — come di fatto è stato detto — poiché la vocazione alla proiezione è condivisa da tutti i criteri del bilanciamento degli interessi e non in modo esclusivo da questa clausola<sup>119</sup>.

Al di là delle differenze specifiche tra queste interpretazioni sul senso dell'adeguatezza dell'azione necessaria, esse condividono un nucleo elementare: fungere da clausola di controllo dall'esito raggiunto dal giudice dopo la valutazione del resto di fattori che vengono compresi in ciò che è stato chiamato «bilanciamento degli interessi».

La domanda riguardante la efficacia di una clausola del genere è assai pertinente, poiché è stata la transizione concettuale a cui abbiamo accennato precedentemente che ha permesso di considerare nel bilanciamento la situazione particolare — cioè, la situazione economica, sociale, culturale, ecc. — dei soggetti coinvolti. È da notare — occorre insistere su questo punto — che ciò non significa che l'apprezzamento di tale circostanze significhi l'inclusione della soggettività della persona necessitata nel bilanciamento, poiché ciò avverrà ulteriormente al momento di valutare la colpevolezza dell'agente<sup>120</sup>.

Ebbene, è stata appunto detta transizione quella che ha permesso che nel bilanciamento vengano compresi un insieme di criteri che lo fanno diventare ancora più complesso<sup>121</sup>, ma contemporaneamente meno arbitrario o utilitaristico. Così, il giudice deve tener conto della la prossimità e probabilità del danno — criterio che assume speciale rilevanza in relazione ai casi di reati di pericolo<sup>122</sup> — o l'intensità del pericolo, vale a dire, se esso è o meno irrevocabile, nonché il grado di idoneità della condotta rivolta ad assicurare la salvaguardia

<sup>117</sup> Si veda, in tal senso, A. BARATTA, *op. cit.*, pp. 94 e ss.

<sup>118</sup> § 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung, in Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1991, pp. 411 e ss.

<sup>119</sup> Cfr. W. PERRON, § 34 Rechtfertigender Notstand, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Monaco, 2010, pp. 678-679.

<sup>120</sup> Cfr. R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 630; S. POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, Santiago del Cile, 1997, p. 389. In un senso analogo, F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 388.

<sup>121</sup> Così, anche, H. ROLDÁN BARBERO, *op. cit.*, p. 523

<sup>122</sup> G. FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale*, cit., p. 35; cauto, invece, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, pp. 617-618, nm. 856.



del bene in pericolo<sup>123</sup>. Per fare un esempio: non agisce giustificatamente il ricco allevatore che per salvare dieci animali sacrifica la mucca del vicino, essendo essa l'unico bene apparentemente al suo patrimonio<sup>124</sup>. I beni in conflitto appartengono alla stessa gerarchia e, *in concreto*, si produce un danno meno esteso in confronto a quello evitato; ma considerando le circostanze personali, uno dei soggetti coinvolti — il ricco allevatore — evita la perdita di una piccola parte del suo patrimonio, a costo di lasciare praticamente vuoto il magro patrimonio altrui. In questo caso, l'esclusione della scriminante non avviene perché sia stata violata la dignità del proprietario della mucca, bensì perché si valuta l'entità o l'estensione che il danno acquista nella situazione concreta.

Al riguardo, è molto chiarificante la distinzione tra pregiudizi rilevanti *gravi* e pregiudizi rilevanti *meno gravi* a seconda dell'impatto nella «biografia del soggetto». La morte, la perdita permanente di un organo, la perdita della libertà per lungo tempo o una perdita considerevole di patrimonio, sono pregiudizi rilevanti gravi. Invece, un pregiudizio meno grave si caratterizza per raggiungere una soglia di rilevanza che deve misurarsi nel momento specifico, non essendo biograficamente decisiva. Ad esempio, una frattura o una lesione importante ma senza rischio né altre conseguenze importanti, la perdita di beni personalmente rilevanti oppure di una parte importante del patrimonio ma non biograficamente decisiva, sono pregiudizi rilevanti meno gravi. Questo criterio implica che, nella valutazione di una qualunque affettazione, il punto di vista decisivo è personale<sup>125</sup>. Pertanto, la prevalenza di un bene giuridico non può essere stabilita *a priori* oppure in base ad un criterio *ex ante*<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> Così già W. GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund*, in K. ENGISCH, R. MAURACH (a cura di), *Festschrift für Edmund Mezger*, Monaco-Berlino, 1954, p. 311; E. HEINITZ, *Zur Entwicklung*, cit., pp. 281-282; J. CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 256; E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., p. 214-216, in cui parla di un bilanciamento «multifattoriale» che non ha molto senso data la restrizione della disciplina italiana — diversamente da quanto accade con la tedesca, il cui § 34 *StGB* contiene un elenco aperto — in tema di beni giuridici suscettibili di sacrificio.

<sup>124</sup> L'esempio è tratto da R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 630; un esempio analogo, in J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., pp. 614-615.

<sup>125</sup> Così, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 614, nm. 851. Quest'impostazione si può anche sintetizzare del modo seguente: «l'intensità della affettazione del benessere materiale che significa *personalmente* ognuna delle alternative per i soggetti coinvolti [nella situazione concreta]». Il secondo corsivo è nostro.

<sup>126</sup> Così, M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità*, cit., p. 720. In un senso opposto, J. M. VALLE MUÑIZ, *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*, in *ADPCP*, t. XLV, Fasc. II, 1992, p. 590.

L'idea dell'adeguatezza — sintetizzata dottrinalmente mediante formule quali la «modalità della lesione» oppure la «modalità dell'attacco»<sup>127</sup> — rimane ancora accettabile solo se è interpretata nel senso poc'anzi indicato, cioè come una considerazione *oggettiva* delle circostanze personali dei soggetti coinvolti nella situazione concreta o, al massimo, come una sorta di «clausola di garanzia» rispetto all'obbligo del giudice di constatare che la dignità umana non è stata lesa nel caso concreto — alternativa che di certo diventa criticabile dalla prospettiva della massima dell'interpretazione utile<sup>128</sup> —. Un'interpretazione diversa supporrebbe accettare una bipartizione del giudizio di antigiuridicità in cui, attraverso queste formule, si infilti il cd. «illecito personale», sopravvalutando il disvalore dell'azione a discapito della salvaguarda dell'interesse prevalente (il disvalore dell'evento)<sup>129</sup>.

Infatti, proprio in quest'ultimo senso, vi sono Autori che ritengono che vi sarebbe un rapporto teorico-legislativo diretto. Se, da un lato, il bilanciamento di beni — concepito, s'intende, in senso restrittivo — è l'espressione del disvalore dell'evento e, dall'altro lato, la «teoria dello scopo» — base teorica della nozione di adeguatezza<sup>130</sup> — esprimerebbe il disvalore dell'azione, il bilanciamento degli interessi costituirebbe una sorta di *sintesi* di questa simbiosi<sup>131</sup>. Un primo antecedente in questa linea si trova in un articolo di Eberhard Schmidt del 1929 in cui l'Autore sostenne che il principio del bilanciamento dei beni non può mai svolgere la sua funzione in maniera autarchica nei casi di collisioni tra interessi o doveri, bensì sempre sulla base «di quel principio che si può designare con la espressione

<sup>127</sup> Così, rispettivamente, G. FURNASARI, *Diritto giurisprudenziale*, cit., p. 35, M. M. OSSANDÓN WIDOW, *Aborto*, cit., p. 345.

<sup>128</sup> Ed in particolare in quei ordinamenti che già prevedono a livello costituzionale il rispetto incondizionato della dignità umana, come accade precisamente in Germania, la cui Legge Fondamentale prevede per l'appunto l'invulnerabilità di essa e l'obbligo di rispetto e tutela di tutti i poteri dello Stato (art. 1 co. 1). In merito, di recente, G. FURNASARI, *Il dilemma etico del male minore. Una lettura penalistica dei temi della «carrellologia»*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI, V. TORRE, M. CAIANELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 213. In un senso analogo, D. FUENTES FERRARA, *op. cit.*, p. 73. A un primo sguardo, le attribuisce quest'ultimo senso, tuttavia, H. J. HIRSCH, *La regulación del estado de necesidad*, in *Derecho penal. Obras completas* (4 vol.), t. I, Buenos Aires, 1999, p. 134.

<sup>129</sup> In tal senso, ad esempio, J. BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, pp. 96 e ss.

<sup>130</sup> Cfr., per tutti, H. WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, Trad. di C. FONTÁN BALESTRA, Buenos Aires, 1956, p. 96, in cui esplicitamente sostenne: «Un'azione tipicamente adeguata non è antigiuridica se il mezzo è adeguato (appropriato) per un giusto scopo». La «Zwecktheorie» risale, come abbiamo già accennato, a Graf zu Dohna e Stammler. Cfr. *supra*, Introduzione, §1. 1.3., a) (nota 29). Si veda anche in questo senso, E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., p. 214 e bibliografia citata alla nota 282.

<sup>131</sup> Cfr., tra gli altri, H. ROLDÁN BARBERO, *op. cit.*, pp. 515-516; E. GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, p. 62, a proposito della disciplina spagnola anteriore al codice del 1995, sostenne «[i]n Spagna lo stato di necessità è concepito principalmente sulla base del principio di valutazione di beni, il quale non ha prestato attenzione ad una possibile limitazione mediante la teoria del fine». In italiano, si veda, C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, p. 375.

teoria del fine»<sup>132</sup>. In altre parole, l'unico modo di contenere l'inafferrabilità o mancanza di controlli del bilanciamento degli interessi sarebbe attraverso il requisito dell'adeguatezza dell'azione nel senso della teoria del fine. A ben vedere, da questa prospettiva, il bilanciamento degli interessi non costituirebbe altro che una via di mezzo tra due definizioni opposte di reato, nella quale si contempera l'importanza della lesione di un bene giuridico con la concezione del reato come attuazione della volontà contraria al dovere<sup>133</sup>.

A prescindere della critica dell'enorme indeterminatezza, ampiezza e vaghezza della *Zwecktheorie*<sup>134</sup> e del fatto che vi sono molti argomenti per resistere all'incidenza dell'azione socialmente adeguata in ambito di antigiuridicità<sup>135</sup>, questo approccio è sbagliato per un doppio motivo.

In primo luogo, perché concepire fattori quali la «modalità dell'attacco» come una opportunità per valutare che esso sia o meno eticamente e socialmente adeguato comporta accettare una intromissione nell'intimità del soggetto che può avvenire solo in un secondo momento, quando si tratta di accertare la colpevolezza dell'agente. Altrimenti l'antigiuridicità si ridurrebbe alla contrarietà al dovere e non alla realizzazione di fatti socialmente dannosi<sup>136</sup>. Non si tratta della circostanza che nell'analisi del fatto vengano assolutamente trascurati la modalità dell'azione, il mezzo usato dall'agente oppure il tipo di atteggiamento psicologico della persona materializzato nel comportamento esteriore, ma solo del fatto che essi incidono nella misura che precedentemente sia stata accertata il

<sup>132</sup> *Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“*, in *ZStW*, 1929, p. 379.

<sup>133</sup> L'importanza di questo saggio si apprezza nel fatto che costituisce la base della teoria sulla quale Jescheck costruisce la sua teoria dei principi ispiratori in materia di cause di giustificazione, seguita in Italia, tra gli altri, da G. FARNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 307, secondo il quale l'accertamento dell'antigiuridicità si fonda «su di un bilanciamento di valori in termini di scopo». Si veda, *supra*, Introduzione, §1. 1.4. (nota 56).

<sup>134</sup> Così, già T. LENCKNER, *op. cit.*, p. 61; D. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, cit., p. 91. La *Zwecktheorie* fu sin dall'inizio severamente criticata sia a livello giurisprudenziale che dottrinale. Per quanto riguarda il primo ambito, fu criticata dal *Reichsgericht* dati i suoi imprevedibili risultati pratici in quanto fondamento dello stato di necessità giustificante extra-legale. In sede dottrinale, a sua volta, fu criticata proprio per la sua vaghezza, difetto che fece imprescindibile la sua integrazione mediante la teoria del bilanciamento di beni o interessi. Si veda, di recente, I. COCA VILA, *La colisión de deberes*, cit., p. 239, nota 103.

<sup>135</sup> Essendo invece quello della tipicità, per così dire, il suo «campo naturale d'azione». Si veda, più attentamente, G. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969, pp. 59-61; C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, pp. 224-228. In un senso analogo, J. D. ACOSTA SÁNCHEZ, *Artículo 10 n.ºs 7º y 11º del Código penal. Algunos criterios de delimitación*, in A. VAN WEEZEL (a cura di), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago del Chile, 2013, p. 707. Di recente, M. CANCIO MELIÁ, *L'adeguatezza sociale*, in M. PAWLIK, L. CORNACCHIA (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, Napoli, 2015, pp. 103 e ss.

<sup>136</sup> Una paradigmatica difesa proprio in tale direzione si trova in F. SCHAFFSTEIN, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, in *ZStW*, 1936, pp. 33 e ss. In senso opposto, tra gli altri, S. MOCCIA, *op. cit.*, p. 345.

rapporto di contraddizione tra l'atto umano e il diritto, istanza in cui le cognizioni o intenzioni di chi lo realizza sono irrilevanti<sup>137</sup>.

Ma questo approccio è criticabile anche da un'altra prospettiva. La pretesa omologazione tra teoria del fine e l'adeguatezza sociale non è tale. Infatti, già von Liszt riteneva che il valore dello «scopo» s'identifica sostanzialmente con la conservazione dell'interesse superiore<sup>138</sup>. In una simile direzione, Graf zu Dohna intendeva che la teoria del giusto mezzo per il giusto scopo non era altro che un criterio generale che si concretizza, nei casi di stato di necessità, appunto nella regola dell'interesse prevalente<sup>139</sup>. In Italia questo rapporto teorico fu acutamente rifiutato da Aldo Moro, che nonostante difendesse la presenza degli elementi soggettivi in tema di antigiuridicità, affermò che «il principio dell'interesse prevalente (...) non è in fondo diverso dal criterio del giusto mezzo al giusto scopo di Graf zu Dohna»<sup>140</sup>. E poi, in termini più retorici, proseguì: «[p]erché che altro vuol dire che l'antigiuridicità della volizione vien meno, quando essa persegue uno scopo di maggior valore sociale che non sia quello di cui vien resa in tal modo impossibile la realizzazione, se non che in quella situazione la coscienza etico-sociale, che si esprime nella legge, valuta come giusta, e sempre certo nella sua singolarità, quella volizione? (...)»<sup>141</sup>. In altre parole, secondo Moro, la intrinseca giustizia di questa realizzazione di scopi costituisce il criterio per la prevalenza dell'interesse che poi qualifichiamo di maggior valore sociale e non viceversa. Per parafrasare di nuovo le sue parole: «dal punto di vista dogmatico la giustizia dell'azione è il *prius*; la sua qualificazione come tale che persegue interessi di maggior valore è il *posterius*»<sup>142</sup>.

c) Alcune legislazioni, tra cui, ad esempio, quell'italiana, escludono lo stato di necessità nei casi in cui il male o pericolo emerga dalla stessa persona necessitata. Si tratta, come abbiamo già accennato in precedenza, di un requisito che ha stimolato notevolmente la discussione concettuale in materia di stato di necessità. Attualmente, infatti, non sono

---

<sup>137</sup> Paradigmatico, in tal senso, G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 159. In un senso parzialmente analogo, più di recente, V. VALENTINI, *op. cit.*, pp. 1340-1341, il quale ammette eventuali coefficienti soggettivi nella fattispecie scriminanti, ciò che, tuttavia, «non rende quest'ultimo [il fatto di disvalore penale] meno oggettivo ed impersonale». In senso opposto, è parimenti paradigmatica l'impostazione di G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, Milano, 1971, pp. 61 e ss.

<sup>138</sup> F. VON LISZT, *op. cit.*, p. 338.

<sup>139</sup> In tal senso già A. GRAF ZU DOHNA, *op. cit.*, p. 121 e ss.

<sup>140</sup> *L'antigiuridicità*, cit., p. 145.

<sup>141</sup> *L'antigiuridicità*, cit., p. 145.

<sup>142</sup> *L'antigiuridicità*, cit., p. 145.

poche le legislazioni che, proprio a partire da questo criterio, distinguono tra stato di necessità aggressivo e difensivo<sup>143</sup>. In quest'ultimo caso, a sua volta, vi è a livello dottrinale una intensissima discussione rispetto al tipo di rapporto richiesto (s'intende, a livello d'imputazione soggettiva) tra il soggetto e il male o pericolo, nella quale si rivelano in fondo non solo le diverse concezioni sul fondamento dello stato di necessità, ma anche sul concetto e funzioni attribuiti al diritto, poiché a seconda di come venga concettualizzato tale rapporto possono eventualmente infiltrarsi forme di responsabilità oggettiva<sup>144</sup>.

Il legame tra il cd. stato di necessità difensivo e il tema del bilanciamento degli interessi è diretto. In effetti, nei casi in cui il soggetto che subisce il danno è in qualche modo responsabile per la fonte di pericolo, la ponderazione è, per così dire, più flessibile, poiché diventa ammissibile la causazione di un danno non solo inferiore o uguale rispetto a quello che è stato evitato, ma persino leggermente superiore. Invece, rispetto al cd. stato di necessità aggressivo non si pone questo problema. La premessa concettuale su cui si basa è, appunto, l'assoluta «innocenza» del soggetto che subisce le conseguenze dell'azione necessaria, il che spiegherebbe che lo *standard* di ponderazione sia più esigente.

Va detto, però, che nonostante l'attuale accettazione di suddetta distinzione, vi sono Autori che la ritengono comunque irrilevante se l'istituto si fonda nel principio dell'interesse prevalente, e pertanto non dovrebbe avere nessun impatto nei parametri specifici del bilanciamento. Il fatto sarebbe vantaggioso qualunque sia la causa che abbia originato il conflitto. Ovvero, per una scriminante fondata sul bilanciamento degli interessi conta solo il modo come la loro collisione viene risolta, non già la causa per cui essa è sorta; ed il fatto deve perciò essere scriminato tutte le volte che approdi, col sacrificio dell'interesse di minor valore, alla realizzazione di quello maggiore, pure se questo sia stato per avventura colpevolmente esposto al pericolo dallo stesso suo titolare<sup>145</sup>.

2.4. Nonostante quanto è stato detto, se definito *prima facie* quale «metodo» o «strumento», il bilanciamento degli interessi non è in grado di giustificare nulla in termini

<sup>143</sup> Sulla distinzione tra stato di necessità difensivo ed aggressivo si veda *supra*, Introduzione, § 3., 3.2.

<sup>144</sup> R. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 631.

<sup>145</sup> Così, ad esempio, A. MOLARI, *op. cit.*, p. 58 e ss., secondo cui sarebbe in coerenza con questo che il § 904 del *BGB* «non fa menzione alcuna di limiti stabiliti in ragione della causa per la quale il pericolo è di volta in sorto»; A. MEIßNER, *op. cit.*, pp. 252 e ss.

assiologici. Così descritto, riesce solo a spiegarci il «come» ma non il «perché»<sup>146</sup>. Si tratterebbe, per così dire, solo di una «massima formale» priva di qualsiasi classe di valutazione<sup>147</sup>. Finora ciò che abbiamo dimostrato è che il «come» diventa più o meno complesso a seconda del modo in cui questa operazione giudiziale viene concepita e integrata. Detto in termini sequenziali: se la transizione dal bilanciamento astratto di beni al bilanciamento degli interessi rese difficile l'interpretazione del principio<sup>148</sup>, il passaggio verso il bilanciamento degli interessi «integrato» diventa ancora più inafferrabile.

D'altronde, la mancanza di uniformità a livello comparato da questo punto di vista<sup>149</sup>, oltre a dimostrare che tutto sommato questo discorso alla fine si riconduce ad una questione di scelte legislative — condizionate, a sua volta, dalle stesse tradizioni storiche e culturali<sup>150</sup> — rivela anche la resistenza della dottrina ad ammettere che lo stato di necessità è un istituto per antonomasia incapace di offrire soluzioni invariabili o esatte. Il solo fatto che nella ponderazione vengono considerate le circostanze particolari del necessitato, normalmente irripetibili, dovrebbe bastare a dimostrare. Lo scopo dell'istituto è, a nostro avviso, più modesto: offrire risposte almeno convincenti avendo come «punto fermo» il rispetto della dignità umana<sup>151</sup>. Lo stato di necessità si serve, dunque, di un bilanciamento concepito *moderatamente* in termini particolaristici. Ovvero, un bilanciamento che, pur indicando una gerarchia assiologica mobile, mutevole cioè da caso a caso, allo stesso tempo si aggrappa a ad un fondamento stabile, come la prevalenza del diritto personale alla vita in confronto al diritto patrimoniale alla proprietà<sup>152</sup>.

<sup>146</sup> Categorico in tal senso, F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, p. 95. Della stessa opinione, con cita esplicita a Baldó, E. LARRAURI, *op. cit.*, p. 81; J. BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 87.

<sup>147</sup> Così, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 54, nota 86.

<sup>148</sup> H. ROLDÁN BARBERO, *op. cit.*, p. 523.

<sup>149</sup> Così già, MOLARI, *op. cit.*, p. 75. Critico, di recente, I. COCA VILA, *La colisión entre razones*, cit., p. 7 e 14.

<sup>150</sup> Si vedano, in tal senso, gli interessanti spunti di U. GIULIANI, *op. cit.*, pp. 95 e ss.

<sup>151</sup> F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 404.

<sup>152</sup> Paradigmatico in tal senso, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. VITALE), Roma-Bari, 2008, pp. 12-18. Questa massima attraversa oggi una grave crisi, il che si apprezza con particolare chiarezza in merito al dibattito (e, nel caso italiano, a proposito della riforma) sulla cd. legittima difesa abitativa. Sul punto, si veda A. F. SMITH, *Defense of Homelessness*, in *J Value Inquiry*, 2014, pp. 33-51. Per quanto riguarda il caso italiano, si veda, M. BARBERIS, *op. cit.*, pp. 92 e ss.; di recente, F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1363-1367; D. PULITANO, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, in: [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/PULITANO\\_2017c.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/PULITANO_2017c.pdf), 8 luglio 2017, pp. 1-5; V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 826-862; F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 432-449.

Da una prospettiva *de lege ferenda* l'infinità di varianti fattuali che si possono configurare nella realtà rendono sterile una disciplina troppo casistica dell'istituto oppure «oberata» di criteri ausiliari rivolti a restringere lo spazio di discrezionalità del giudice. Anzi, vi è una *contradictio in terminis* tra una disciplina del genere e la decisione (politica) di prevedere una causa di giustificazione (o, più in generale, una causa esimente) in base alla quale lo Stato rinuncia alle sue pretese punitive. È vero che la valutazione dell'antigiuridicità è generale e oggettiva — nel senso che in questa sede non si valuta tuttora il bilanciamento «interno» effettuato dall'imputato —, ma questo non significa che la ponderazione giudiziale debba essere ridotta al punto di diventare nei fatti simbolica.

L'eccesso di elementi — legali o difesi a livello dottrinale — che deve considerare il giudice quando si appresta a bilanciare gli interessi in conflitto dimostra non solo una mancanza di fiducia nei suoi confronti — questo è più o meno evidente —, ma anche una diffidenza nei confronti della fermezza dei valori culturali della comunità nella quale la scriminante si invoca. Come giustamente sottolinea Viganò, il vero problema risiede nei livelli tollerabili di incertezza del diritto — oppure, posto dalla prospettiva dello stato di necessità, nel grado di duttilità della scriminante<sup>153</sup> —, il cui margine di azione è direttamente vincolato al discorso dei beni giuridici coinvolti nella situazione concreta. In altre parole: il *deficit* di precisione è più tollerabile laddove si tratti di condotte di basso contenuto offensivo ed è, per contro, decisamente inammissibile quando si tratti della tutela di beni giuridici fondamentali per lo svolgimento della persona in società, quali la vita o l'integrità fisica<sup>154</sup>. Ecco un altro motivo per cui non è consigliabile circoscrivere *a priori* l'applicazione della scriminante ad un certo catalogo di beni giuridici<sup>155</sup>. Una disciplina più aperta in tal senso, in cui svolgono un ruolo fondamentale fattori che stanno al di fuori dei

---

<sup>153</sup> Parla di una «inevitabile» indeterminatezza — più che ampiezza — delle scriminanti, F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 1047-48, poiché esse si fondano, a suo avviso, sull'idea delle libertà costituzionali; della stessa opinione, J. J. MORESO, *op. cit.*, pp. 531-532, in cui sottolinea l'ineludibile vaghezza dei cd. concetti valorativi, tra cui lo stato di necessità e il requisito che l'azione necessitata avvenga «per evitare un male proprio o altrui». Scettico, invece, A. MALINVERNI, *L'esercizio del diritto. Un metodo d'interpretazione*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1988, p. 381, in cui difende l'attuazione senza sfumature del principio di determinatezza in merito alle disposizioni giustificatrice in generale, evitando così una «disparità di trattamento o fonte di abusi». In un senso analogo, ma da un'altra prospettiva, di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 46, nota 64.

<sup>154</sup> F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 398 e 404.

<sup>155</sup> In tal senso, già L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. IV, p. 376, in cui sostenne: «nei migliori codici tutti i diritti sono salvaguardabili, come tutti i diritti sono difendibili nella legittima difesa: vita, integrità corporale, libertà, pudore, onere, proprietà». In tal senso, più recentemente, M. MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009, p. 421.

beni astrattamente considerati, arricchisce ancora di più le differenze concettuali tra stato di necessità giustificante e scusante oltre a proteggere di eventuali distorsioni il principio del bilanciamento degli interessi<sup>156</sup>.

Ma abbiamo detto che il bilanciamento così descritto non è in grado di fondare ancora nulla. È necessario, dunque, rispondere alla domanda relativa ai fondamenti filosofici del principio, in modo tale da affrontare «con le stesse armi» le critiche più aspre rivolte contro il principio del bilanciamento degli interessi. Entrambe le questioni, come vedremo in seguito, verranno trattate nei paragrafi seguenti in maniera inversa.

### 3. *Critiche sollevate contro il principio.*

3.1. Nella dottrina di lingua spagnola, la critica rivolta alla teoria che ritiene che lo stato di necessità giustificante si fonda sul principio dell'interesse prevalente cominciò a prendere forma in larga misura con la monografia di Baldó Lavilla del 1994. Ivi, tuttavia, lo stesso Autore riconosceva che l'impostazione da lui criticata godeva ancora di una ampia prevalenza sia dottrinale che giurisprudenziale<sup>157</sup>. Si trattò, di certo, di una critica la cui base si trovava già nella discussione tedesca che cominciò a partire dagli anni 60' in poi, la quale introdusse, tra gli altri aspetti, la nozione di solidarietà come proposta alternativa — *rectius*, opposta — di fronte alla teoria dell'interesse prevalente in quanto fondamento della scriminante<sup>158</sup>. La descrizione di Baldó, a sua volta, poteva essere tranquillamente applicata al caso cileno, la cui dottrina non esitava a ricondurre tutto questo discorso a tale principio<sup>159</sup>.

Qualche decennio dopo, Enrique Cury, uno storico difensore dell'idea dell'interesse prevalente presso la discussione cilena, oltre a distinguere esplicitamente tra stato di

<sup>156</sup> Cfr. in tal senso, J. BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 85.

<sup>157</sup> *Op. cit.*, p. 93 e bibliografia *ivi* citata. In un senso analogo, E. BACIGALUPO, *Principios*, cit., p. 267.

<sup>158</sup> Come giustamente avverte M. PAWLIK, *op. cit.*, p. 227, note 16-17. Si veda anche F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 377, nota 49.

<sup>159</sup> Nonostante ciò che verrà detto più dettagliatamente *infra*, cap. III, una sintesi dello stato della discussione in Cile si trova in J. WILENMANN VON BERNATH, *El fundamento*, cit., pp. 213-220.



necessità aggressivo e difensivo — ecco un'altra «novità» dottrinale —, sostenne che il primo (di cui all'art. 10 n. 7 del c.p. cileno) «è fondato sui doveri di solidarietà che obbligano a tutti i singoli che rendono possibile la convivenza, in modo di assicurare la viabilità della vita in comunità»<sup>160</sup>.

Ricordiamo questo episodio dottrinale con lo scopo di dimostrare che la «metamorfosi» subita da Cury è, in realtà, tutt'altro che un caso isolato<sup>161</sup>. Al contrario, lo stato della discussione descritto da Baldó è attualmente ben diverso<sup>162</sup>. Vi è un importante settore dottrinale che attualmente si è manifestato contro la tesi dell'interesse prevalente. Come abbiamo accennato precedentemente, si tratta di una critica che nacque presso la discussione tedesca ed oggi si è diffusa con relativo successo all'interno del dibattito spagnolo e cileno.

3.2. Ebbene, la linea della critica presa da questo settore dottrinale si può raggruppare — semplificando magari troppo — sotto la etichetta di «critiche filosofiche».

Questa impostazione critica prende le mosse dalla premessa secondo cui il principio (e il compito) basilare del diritto sarebbe il riconoscimento e la garanzia di sfere di autonomia, cioè di un ambito di esclusività che conferisce al suo titolare la facoltà di escludere in modo autonomo (ovvero senza bisogno di autorizzazioni esterne) qualsiasi invasione sul corpo o sui beni propri. In tali termini, il diritto non mirerebbe a garantire la maggior protezione possibile dei beni giuridici, quanto piuttosto a garantire posizioni giuridiche formalmente predefinite a partire dalle nozioni di diritto e dovere<sup>163</sup>. In tal senso, dunque, diventerebbe «contro-intuitivo» il riconoscimento della facoltà che soggiace allo stato di necessità, ovvero la facoltà di salvaguardare beni propri mediante l'uso o lesione di beni giuridici altrui, tanto più nei casi in cui il danneggiato è completamente estraneo alla fonte del pericolo o del male.

<sup>160</sup> *El estado de necesidad en el Código penal chileno y la ampliación de su alcance por vía supralegal*, in J. URQUIZO OLAECHEA (a cura di), *Modernas tendencias de Dogmática penal y Política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2007, p. 257. La sua, per così dire, difesa storica alla teoria dell'interesse prevalente si trova nelle diverse edizioni del suo ormai classico manuale. Noi citiamo l'edizione del 2009, l'ultima pubblicata, per quanto sappiamo, prima della morte dell'Autore, accaduta nel 2012.

<sup>161</sup> Il cambio di opinione s'apprezza anche in Jesús-María Silva Sánchez, ritenuto allora da Baldó (*op. cit.*, p. 93, nota 192) un difensore della tesi dell'interesse prevalente. L'attuale impostazione di Silva in proposito s'avverte in gran parte della sua produzione scientifica più recente: si veda, ad esempio, *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, in *Revista Discusiones*, N° 7, 2007, p. 30.

<sup>162</sup> Così, I. COCA VILA, *La colisión de deberes*, cit., p. 240 e bibliografia citata alla nota 110.

<sup>163</sup> I. COCA VILA, *La colisión entre razones*, cit., pp. 15-16.

A ben vedere, si tratta di un approccio che non è diverso da quello che già si prospettava presso il dibattito tedesco verso la fine del XIX secolo ed i primi anni del secolo passato, il cui pensiero — come acutamente afferma Viganò — si sintetizzò in domande assai suggestive del tipo «che mi importa della *sua* necessità?» oppure «perché *proprio io* dovrei sacrificarmi per il *suo* bene?»<sup>164</sup>.

Ebbene, siffatte domande rivelano sin dall'inizio il modo in cui questo l'indirizzo alternativo concepisce la scriminante. Lo stato di necessità sarebbe un istituto che risponde, innanzitutto, ad un rapporto di carattere interpersonale (tra la persona necessitata e il danneggiato dalla necessità), che richiede che l'attenzione si rivolga *in primo luogo* al soggetto la cui libertà (sfera di autonomia) viene violata mediante l'azione necessaria<sup>165</sup>. In altre parole, quest'impostazione cerca di rispondere all'interrogativo sui motivi che spiegano perché nei casi di stato di necessità la funzione dello Stato e del diritto di garantire l'«intangibilità» — per dirla ancora con l'espressione usata da Stratenwerth — non vale o non si applica.

La teoria dell'interesse prevalente risponderebbe a questa domanda, invece, da una prospettiva completamente diversa, poiché non è interessata al conflitto che subiscono gli specifici soggetti coinvolti quanto piuttosto il benessere della generalità. È in qualche modo l'impostazione che in Italia difese Antolisei sotto formula della «mancanza di danno sociale»<sup>166</sup>. Il diritto dovrebbe scegliere la protezione dei beni giuridici di più elevato valore nei confronti a quelli che alla fine si sacrificano. Nell'ambito di questa impostazione, dunque, un'azione o stato di cose è sempre preferibile nei confronti di altri se ciò implica la conservazione di beni di maggior valore (a discapito, s'intende, di quelli di minor valore). Detto altrimenti, un'azione è sempre eticamente corretta se essa incrementa il benessere sociale. In questi termini, lo stato di necessità perderebbe il suo carattere interpersonale e assumerebbe, invece, un carattere squisitamente collettivistico<sup>167</sup>. Siccome il benessere

---

<sup>164</sup> *Op. cit.*, p. 371.

<sup>165</sup> Così, tra gli altri, R. ROBLES PLANAS, *En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos*, in D. LUZÓN PEÑA (a cura di), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, p. 460; di recente, M. PAWLIK, *op. cit.*, p. 231; R. MERKEL, *op. cit.*, p. 193.

<sup>166</sup> *Manuale*, cit., p. 273. Cfr. *supra*, Introduzione, § 1. 1.3. a). In un senso analogo, si veda anche A. MORO, *L'antigiuridicità*, cit., p. 145.

<sup>167</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, p. 91-92; I. COCA VILA, *La colisión entre razones*, p. 15; ID., *La colisión de deberes*, cit., p. 509; J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 47; M. PAWLIK, *op. cit.*, p. 230-231.

generale verrà necessariamente violato mediante la distruzione di un interesse, la decisione di conservare quello di maggior valore è moralmente imposta.

Orbene, secondo quest'impostazione un approccio del genere non sarebbe altro che un'attuazione dell'utilitarismo morale classico<sup>168</sup>, contro cui si possono formulare alcune riserve.

a) In primo luogo, l'interpretazione utilitaristica dello stato di necessità giustificante condurrebbe ad esiti assurdi. Giacché il punto di vista determinante in qualsiasi interpretazione utilitaristica sarebbe quello della comunità, il benessere individuale potrebbe sempre accantonarsi nei casi in cui da esso derivi un maggior benessere sociale. Ovvero: si se tratta di pervenire al maggior benessere della maggior quantità di persone, il benessere della persona che subisce l'azione necessaria svolge un ruolo mediato e condizionato, e quindi non sarebbe in grado — in quanto istituto giuridico — di controllarsi o limitarsi a se stesso. Su questa pretesa incapacità di «autocontrollo» torneremo più avanti dopo aver spiegato la critica più severa — a nostro avviso — rivolta contro questa teoria.

b) Oltre a questa sorta di *reductio ad absurdum*, l'aspetto più critico della teoria dell'interesse prevalente sarebbe l'incompatibilità dell'attuazione *diretta* dell'utilitarismo classico con la struttura, per così dire, «moderna» del diritto.

Come sostiene questo approccio critico, il diritto non sarebbe più concepito quale forza coattiva il cui scopo è l'incremento del benessere generale mediante la costruzione di una sorta di soggetto collettivo. Al contrario, il diritto costituirebbe una forza coattiva orientata alla concessione e protezione di sfere di autonomia di relativa intangibilità<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> Cfr. per quanto riguarda la dottrina italiana, la suddetta etichetta filosofica è utilizzata espressamente a proposito dell'interesse prevalente da Palazzo, Mantovani e indirettamente anche da Bettiol (*Diritto penale*, cit., p. 353). Si tratta però solo di una allusione senza ulteriori approfondimenti. A questo facevamo cenno in precedenza (*supra*, testo e nota 2). Per quanto riguarda il problema specifico dello stato di necessità si veda, tra gli altri, MEIßNER, *op. cit.*, pp. 106 e ss.; J. BERNAL DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 87-88; E. LARRAURI, *op. cit.*, p. 82; di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 47; I. COCA VILA, *La colisión de deberes*, cit., p. 509; U. NEUMANN, *Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstand“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip*, in A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (a cura di), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, 2013, pp. 155 e ss.

<sup>169</sup> In al senso, si veda, come abbiamo già accennato, E. HEINITZ, *Das problem*, cit., p. 38; più di recente, da una prospettiva più storica, M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlino-New York, pp. 90 e ss. Presso la discussione italiana, per un'impostazione in questa linea si veda L. CORNACCHIA, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013 (luglio-dicembre), pp. 271-272.

Questo, dal canto suo, non dovrebbe stupire tenendo conto del tipo di ragionamento che viene istituzionalmente richiesto alla magistratura: di fronte ad un caso di stato di necessità il giudice non dovrebbe chiedersi come massimizzare il benessere generale attraverso la sua risoluzione del caso, quanto piuttosto determinare chi ha una posizione giuridica riconosciuta e tutelata dal diritto nel caso concreto<sup>170</sup>. Un ragionamento di quest'ultima classe è completamente estraneo all'utilitarismo classico ed è proprio la base sulla quale s'erge la critica che considera che la dottrina utilitaristica non riesce ad afferrare la nozione di persona in quanto titolare di diritti<sup>171</sup>.

A differenza di quanto si aspetterebbe dopo una obiezione del genere, le conseguenze del riconoscimento diretto del principio di utilità non sono affatto dissociabili dal fenomeno giuridico. Se la società richiedesse la realizzazione di azioni rivolte a massimizzare in modo immediato il benessere generale, allora tutte le azioni che ci portassero a qualcosa tipo «l'assoluta eguaglianza materiale» dovrebbero essere richieste<sup>172</sup>. Questa è una conseguenza della teoria dell'utilità marginale. In base ad essa tutte le azioni redistributive da un vasto patrimonio verso un patrimonio più ridotto generano necessariamente un incremento dell'utilità, poiché l'impatto diretto della perdita di benessere del titolare del patrimonio vasto è, per definizione, minore rispetto al beneficio ottenuto dal titolare del patrimonio più ridotto<sup>173</sup>. Il problema di questo ragionamento è dato dal fatto che è palesemente smentita dal diritto. L'insieme di fattispecie penali in materia di reati contro la proprietà (si pensi solo al furto) dimostra che il diritto non incentiva affatto ridistribuzioni di questa classe. A prescindere dal fatto che possano generare più benessere che malessere, il diritto vieta e penalizza l'azione rivolta a «redistribuire il patrimonio» mediante l'appropriazione di beni altrui.

Tutte queste considerazioni servono a far vedere che l'unica possibilità che rimane per i fautori dell'utilitarismo giuridico consiste nell'interpretare il diritto moderno a partire dalle premesse del cd. utilitarismo indiretto (anche detto, in una variante più specifica,

---

<sup>170</sup> Così, tra gli altri, I. COCA VILA, *La colisión de deberes*, cit., p. 245.

<sup>171</sup> «What the utilitarian theory really cannot capture is (...) the notion of persons having rights», come di recente sottolinea J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 49; M. PAWLIK, *La solidaridad*, p. 232 e R. MERKEL, *op. cit.*, p. 203, che richiamano John Rawls. Il cd. utilitarismo collettivista risale a Platone, oltre a trovarsi anche nel pensiero tomista e, com'è noto, in quello di Arturo Rocco. Una ricostruzione storica in termini critici si trova in A. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 426, nota 10; I. COCA VILA, *La colisión entre razones*, cit. p. 14.

<sup>172</sup> J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 50.

<sup>173</sup> J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 50.

«utilitarismo di regole»<sup>174</sup>). Proprio per favorire per quanto possibile nel lungo termine il benessere generale, l'utilitarismo contemporaneo tende a sostenere che il diritto deve rimanere «cieco» nei confronti al suo principio legittimatore almeno al momento della sua applicazione<sup>175</sup>.

Questa pretesa argomentativa, ad esempio, si apprezzerà meglio in tema di giustificazione della pena. Com'è noto, la spiegazione utilitaristica della pena parte dal presupposto che il castigo si giustifica per quanto servirebbe a prevenire la commissione futura di reati elevando in questo modo il benessere generale. Se meno delitti vengono commessi, il benessere generale sarebbe compromesso in misura minore. Ebbene, essendo questo lo scopo della pena, a determinate condizioni si dovrebbe anche accettare il castigo di persone innocenti, poiché l'incidenza sul loro benessere individuale sarebbe in molti casi minore rispetto all'incremento del benessere generale. Il problema di una conclusione di questo tipo — oltre alle riserve di ordine morale che suscita — risiede nel fatto che è suscettibile di reiezione proprio per motivi di tipo utilitaristico. Vale a dire, se la comunità sa che persone innocenti possono essere punite, il sentimento personale di sicurezza (nonché il sentimento personale di giustizia) sarebbe seriamente compromesso.

Naturalmente, tutto questo inciderebbe negativamente sul il benessere generale e, di certo, contro il medesimo principio di utilità. Per evitare tale effetto lo Stato dovrebbe assumere una sorta di «principio generale di cecità» nei confronti al principio che giustificerebbe la messa in atto del castigo. In altre parole: il principio di utilità potrebbe ritenersi fondamento del sistema, ma l'applicazione che permette il suo funzionamento pratico richiederebbe di disinteressarsi completamente di esso. La colpevolezza, sotto questo profilo, rimarrebbe subordinata a criteri di tipo utilitaristico.

Tutto questo ragionamento — comunque discutibile — dimostrerebbe che in termini giuridici è minimamente convincente solo un utilitarismo indiretto. Contemporaneamente, esso rivela che lo stato di necessità (oppure il principio dell'interesse prevalente) sarebbe un istituto che consente in modo eccezionale l'applicazione *diretta* del principio di utilità,

---

<sup>174</sup> Rispetto all'tradizionale utilitarismo di atti, secondo cui una azione è buona o cattiva a seconda che contribuisca o meno all'utilità comune, l'utilitarismo di regole sostiene che un'azione è buona o cattiva a seconda che si conformi o meno a una regola (o ad un'istituzione), ma una regola (o un'istituzione) è buona o cattiva a seconda che contribuisca o meno all'utilità comune.

<sup>175</sup> In tal senso, già J. STUART MILL, *Utilitarismo*, Trad. di E. MUSACCHIO, Bologna, 1981, pp. 97 e ss.; J. WILNMANN VON BERNATH, *La justificación*, p. 50, richiamando Stuart Mill.

la cui messa in atto è metodologicamente esclusa secondo la funzione attribuita al diritto da quest'impostazione critica.

Occorre, dunque, chiedersi perché, se il fondamento della scriminante è il principio dell'interesse prevalente, questa applicazione diretta del principio di utilità è comunque permessa.

L'unica risposta prospettabile sotto questo profilo risiede, per l'appunto, nelle particolarità che sono alla base della nozione di *necessità*, ovvero, l'impossibilità concreta di soddisfare contemporaneamente tutti gli interessi coinvolti. Sarebbe essa a far diventare la mediazione indiretta del principio di utilità una applicazione diretta dello stesso<sup>176</sup>. Questa spiegazione sembra a prima vista plausibile. In effetti, se il principio di utilità si applicasse direttamente solo in situazioni di necessità, allora il «sentimento personale di sicurezza» non sarebbe a rischio. Ma tale plausibilità viene meno se considerata più da vicino e, innanzitutto, tenendo conto del concetto e funzione che sotto questo profilo critico si attribuisce al diritto e allo stato. Ovvero, se lo Stato garantisce ai singoli l'intangibilità delle loro sfere di autonomia, ancora non si spiega perché detta garanzia sparisce in situazioni di necessità. Alla domanda «perché *proprio io* dovrei sacrificarmi per il *suo* bene?» difficilmente si può rispondere con «perché così richiede il benessere della società». Il principio dell'interesse prevalente non sarebbe in grado di rispondere in modo plausibile questa domanda<sup>177</sup>.

c) A partire dalla critica precedente è possibile riprendere l'obiezione secondo cui la teoria dell'interesse prevalente non sarebbe in grado di «autocontrollarsi». Se, sotto un profilo utilitaristico, il diritto si struttura in base ad un «momento di assoluta sicurezza», il quale in ipotesi di necessità eccezionalmente viene meno perché solo così continua ad essere possibile garantire la massimizzazione del benessere generale, la «necessità» passa a confondersi con l'essenza stessa del diritto. Proprio nei contesti di necessità il diritto riprenderebbe la sua forma e la sua funzione vera; fine e mezzo non sarebbero più distinguibili. Ebbene, se il diritto solo riprende la sua genuina essenza in situazioni di necessità, diventa piuttosto difficile immaginare come il diritto potrebbe contenersi a sé medesimo al momento di riconoscere quali sono le «situazioni di necessità». La necessità,

<sup>176</sup> A. MEIßNER, *op. cit.*, pp. 189 e ss.; J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 53.

<sup>177</sup> J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 53; I. COCA VILA, *La colisión entre razones*, cit., p. 7.

in tal senso, non sarebbe più l'eccezione alla configurazione generale del diritto, bensì, al contrario, tutto il resto delle istituzioni sarebbero eccezioni alla sua vera essenza. Tutte le azioni che possano considerarsi favorevoli al benessere generale (cioè utili), potrebbero ricondursi alla nozione di «necessità».

Una descrizione come questa del fenomeno giuridico è evidentemente assurda. Ed in qualche modo ne sarebbero consapevoli anche gli stessi difensori della teoria dell'interesse prevalente quando «correggono» il carattere edonista e collettivista del concetto di interesse al circoscriverlo agli interessi «riconosciuti dal diritto». Da questa prospettiva il passaggio dalla teoria del bilanciamento di beni alla teoria del bilanciamento degli interessi sarebbe solo un modo di stemperare l'utilitarismo forte del primo, ma sarebbe comunque presente nel secondo<sup>178</sup>. Se il legame con l'utilitarismo non è tale — come difatti ritengono i suoi difensori — le ambiguità della teoria dell'interesse prevalente si rivelano ancora più chiaramente. In effetti, in mancanza di un tale rapporto, siffatta teoria si limiterebbe a riprodurre una tautologia: «il diritto deve preferire ciò che deve preferirsi»<sup>179</sup> portando così ad una massima formale, assiologicamente anemica e pertanto incapace di offrire fondatezza allo stato di necessità, ovvero tuttora incapace di rispondere al «perché»<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., pp. 53-54. Anche in tali termini presso la dottrina italiana, G. BETTIOL, *Istituzioni*, cit., p. 89.

<sup>179</sup> Per la completezza, vi è anche una critica ulteriore contro la teoria dell'interesse prevalente. Essa consiste nella sua smisurata ambizione a fungere da principio ispiratore di *tutte* le cause di giustificazioni, comprese la legittima difesa e lo stato di necessità giustificante difensivo. Conformemente a quanto sostiene questa critica, l'unico modo di rendere più o meno coerente una pretesa teorica del genere sarebbe mediante un approccio estremamente astratto, che, date le differenze specifiche tra le diverse scriminanti, diventa metodologicamente inadeguato. Per contro, secondo questo approccio critico — che, come si apprezza, rifiuta l'esistenza di un principio unificatore —, sarebbe sufficiente ritenere che tutte le cause di giustificazioni si compongono di due norme di comportamento, cioè il permesso di azione da parte dell'agente e il dovere di tolleranza rivolto al destinatario dell'azione. Cfr. F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 37 e ss.; di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., pp. 55-57. Da una prospettiva diversa, si veda anche D. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, cit., p. 90, in cui sostiene che «le teorie della collisione, del bilanciamento e dell'interesse prevalente sono pericolose per quanto favoriscono la sbagliata idea che la legittima difesa, come lo stato di necessità, si regge sulla proporzionalità, contribuendo alla confusione fra le due esimenti».

<sup>180</sup> Cfr., per tutti, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., pp. 55-57.

#### 4. *Risposte alle obiezioni e note su una interpretazione filosoficamente alternativa del principio.*

4.1. Come si è già avuto modo di constatare, basta una semplice analisi della manualistica cilena ed italiana per accertare che in essa non vi è un trattamento particolarmente approfondito sul principio dell'interesse prevalente in quanto fondamento dello stato di necessità. Dal momento che non dispone di una «impalcatura» concettuale che lo sostenga *per via diretta*, si rivela particolarmente vulnerabile alle critiche che da qualche tempo le vengono sollevate.

Tuttavia, quest'ultima osservazione richiede una importante precisione.

La teoria dell'interesse prevalente è frutto di una ben specifica concezione dell'antigiuridicità — ci riferiamo alla dottrina della cd. «antigiuridicità materiale» — che si dispone di una struttura concettuale e filosofica in grado di resistere gli attacchi rivolti contro di essa<sup>181</sup>. Questo — va anticipato — è così almeno nella fase immediatamente posteriore al momento specifico in cui questa teoria ebbe origine. Solo se si considera questo aspetto, dunque, diventa smisuratamente critica l'opinione che ritiene che questo principio rappresenterebbe soltanto un «luogo comune» della dottrina, oppure l'accusa secondo cui esso esprimerebbe una tautologia che non apporterebbe niente a livello concettuale<sup>182</sup>.

Ebbene, occorre a questo punto fare qualche cenno di storia dogmatica.

Nel contesto dell'impatto, in ambito penale, della giurisprudenza degli interessi, la dottrina dell'antigiuridicità materiale risale, com'è noto, a Franz von Liszt, la cui posizione in materia d'illecito si mostra, tuttavia, metodologicamente ambivalente. Oltre ad attribuirne un carattere eminentemente oggettivo, introdusse la distinzione tra antigiuridicità formale e materiale. Mentre la prima rappresenta la violazione di una norma stabilita dallo Stato, ovvero di un ordine o divieto giuridico — ecco la reminiscenza

<sup>181</sup> Così, tra gli altri, F. SCHIAFFO, *op. cit.*, p. 97. Si veda anche, *supra*, testo e bibliografia citata alla nota 34.

<sup>182</sup> In Cile, come vedremo più innanzi, quest'impostazione è stata difesa da un settore dottrinale ancora minoritario. Cfr. *infra*, cap. III, § 3., e bibliografia *ivi* citata.



concettualistica<sup>183</sup> —, la seconda, dal canto suo, rappresenta il contrasto dell'azione criminosa nei confronti degli interessi esistenziali di privati o della comunità tutelati dal diritto. Per usare le parole dello stesso von Liszt: «l'atto è *materialmente* illecito nella misura in cui significhi una condotta contraria alla società (antisociale)»<sup>184</sup>.

Così definite, diventa chiaro che solo la seconda risponde alle premesse della giurisprudenza degli interessi.

L'importanza dell'impostazione di von Liszt non risiede nella distinzione in sé<sup>185</sup>, quanto piuttosto nelle possibilità dogmatiche che derivano dalla cd. «antigiuridicità materiale». Questa scoperta concettuale fu determinante nell'ulteriore svolgimento della teoria delle cause di giustificazioni e, in particolare, in tema di scriminanti extralegali. Dal momento che aprì la possibilità di considerare gli interessi sociali in maniera effettiva — cioè non più simbolicamente —, consentì una notevole democratizzazione della categoria a favore del proletariato, classe sociale storicamente relegata e oppressa dal capitalismo. In questi termini, la nozione di antigiuridicità materiale comportò una negazione del dogma della completezza del ordinamento giuridico — del tutto coerente, peraltro, col concettualismo in quanto metodologia improntata ad un rigido formalismo — in un contesto economico e sociale che si manifestò allora palesemente inadeguato per gestire i cambiamenti e le nuove istanze sociali che caratterizzarono l'avanzata affermazione della rivoluzione industriale. L'antigiuridicità materiale rappresentò, in questo modo, un primo tentativo di individuare le *rationes* e/o i principi fondamentali delle norme giuridiche, il che, logicamente, ridisegnò i margini dell'interpretazione giuridica verso la scoperta degli scopi delle disposizioni in esse contenute<sup>186</sup>. In una parola, l'interpretazione teleologica.

Questa apertura di prospettiva rende comprensibile, dunque, che lo stesso von Liszt tenesse conto della possibilità di conflitti inevitabili o collisioni tra gli interessi vitali, innalzati a *beni giuridici* dal momento che il diritto li protegge. Il fine della convivenza

<sup>183</sup> E persino hegeliana, come ritiene J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 162.

<sup>184</sup> F. VON LISZT, *op. cit.*, pp. 336-338. Il corsivo è suo.

<sup>185</sup> Anzi, abbiamo già detto che la cd. «antigiuridicità formale» non è altro che un modo antiquato — oltre a essere confuso — di chiamare l'adeguamento tipico o tipicità. Alla bibliografia di cui alla nota 34, si può aggiungere F. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado*, in M. JIMÉNEZ HUERTA (a cura di), *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, p. 370, in cui sostenne che «il dualismo concettuale difeso dal maestro di Berlino diventò insostenibile dal giorno in cui Ernst von Beling (1866-1932) sottolineò l'autonomia della tipicità quanto elemento, carattere o aspetto del reato».

<sup>186</sup> Cfr. F. SCHIAFFO, *op. cit.*, pp. 98-99.

umana — «il cui conseguimento è l'ultimo e *principale* dovere dell'ordine giuridico» — richiede che, nei casi di conflitto, venga sacrificato l'interesse meno importante e salvaguardato quello di maggior valore. Da ciò deriva — conclude l'Autore — che la lesione o rischio di un bene giuridico «si consideri materialmente *contraria a diritto solo* quando contraddica i fini dell'ordine giuridico che regola la vita sociale»<sup>187</sup>.

Essendo questi i termini della dottrina di von Listz, occorre avvertire, tuttavia, che non fu la giurisprudenza degli interessi ad approfittare delle possibilità concettuali e teoriche che consentiva questa apertura dogmatica. Ciò si apprezza con particolare chiarezza, ad esempio, se si costata la critica che ne formulò Max Ernst Mayer.

Secondo Mayer, il concetto lisztiano di antigiuridicità materiale non riuscirebbe a comprendere *in toto* l'essenza della categoria. Se l'antigiuridicità materiale consiste nella lesione dei fini dell'ordine giuridico, ed essi, a loro volta, si riconducono al mantenimento della vita sociale — cioè, l'umana convivenza — (con cui la condotta antigiuridica si omologa alla condotta antisociale), si tratterebbe di un concetto inutilizzabile *de lege lata*. Ovvero, sarebbe in grado di offrire una risposta solo allorché non vi sia un precetto penale applicabile al caso concreto, cioè solo nei casi in cui si cerca di verificare se l'atto costituisce un mezzo adeguato per un giusto scopo, tesi che von Liszt sottoscrive insieme al principio dell'interesse prevalente<sup>188</sup>.

Il tenore dell'obiezione contro quest'ultima formula è assai indiziario per capire la strada che Mayer prende in seguito: è vero che la siffatta dottrina porta chiarezza per quanto riguarda le conseguenze giuridiche — la pena viene esclusa —, ma, dal momento che non indica quando il mezzo acquista il carattere di giusto, non riesce a «spezzare il circolo»<sup>189</sup>. Proprio perciò Mayer sostiene che la definizione reale dell'antigiuridicità e, di conseguenza, del suo contenuto essenziale, si può raggiungere solo se si adotta un punto di vista che vada oltre il diritto, ma non per voltarle le spalle, bensì, semplicemente, per

---

<sup>187</sup> F. VON LISZT, *op. cit.*, p. 336-337. Occorre avvertire che a proposito dei casi non espressamente previsti dalla legge, von Liszt considera che, nella valutazione della illecita materiale della condotta, oltre al principio bilanciamento degli interessi (interesse prevalente), deve considerarsi anche il principio del giusto mezzo per il giusto scopo (p. 338), che risale, come abbiamo già detto, a Graf zu Dohna e Stammler. Si veda, *supra*, Introduzione, §1, 1.3. a) (nota 29).

<sup>188</sup> F. VON LISZT, *op. cit.*, p. 338; M.E. MAYER, *Derecho penal*, cit., p. 224.

<sup>189</sup> M.E. MAYER, *Derecho penal*, cit., p. 224 e 226, in cui afferma: «rimane nel buio in che modo si deve determinare l'antigiuridicità come elemento dell'ordine giuridico (...). *Manca la decisiva definizione reale de lege lata dell'antigiuridicità*». Il corsivo è suo.

includere anche questo aspetto nella valutazione globale che esegue l'interprete<sup>190</sup>. In tal senso, devono essere prese in considerazione le cd. «norme di cultura», cioè — per definirle con lo stesso Mayer — «la totalità di comandi e divieti che si rivolgono all'individuo come esigenze religiose, morali, convenzionali, di traffico e di professione»<sup>191</sup>, le quali precedono — logicamente e cronologicamente — il precetto penale.

Lo Stato — conclude Mayer — prende posizione nei confronti delle norme di cultura nelle sue leggi al momento di riconoscere o rifiutare (giuridicamente) certi doveri, sforzandosi in tutti i casi di trasformare questi giudizi di valore in formule dotate di fermezza e rigidità. In base a queste premesse Mayer arriva al suo concetto di anti-giuridicità: «anti-giuridica è quella condotta che è in contrasto con le norme di cultura riconosciute dallo Stato»<sup>192</sup>.

Una tal definizione richiede di una breve contestualizzazione filosofica.

Mayer appartenne alla scuola del neokantismo sud-occidentale (anche detto «del Baden»), in cui i concetti di valore e cultura sono determinanti per capire il fenomeno giuridico. Come abbiamo detto *supra*, per quest'impostazione — che nutrì filosoficamente la giurisprudenza dei valori — il compito della dogmatica giuridica consiste nel adeguare l'oggetto della sua conoscenza — cioè, le norme e gli istituti giuridici — ad una sistematizzazione dei fini valorizzati da una data comunità secondo il corrispondente livello della sua evoluzione culturale. L'esito di tale operazione, dunque, è condizionato dall'epoca, dalle caratteristiche dell'ambito geografico in cui essa si svolge, dalle condizioni economiche e sociali e dalle sue esigenze ed aspirazioni valoriali<sup>193</sup>. In una

<sup>190</sup> M.E. MAYER, *Derecho penal*, cit., p. 224-225.

<sup>191</sup> M.E. MAYER, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Trad. di J. L. GUZMÁN DALBORA, Buenos Aires, 2000, p. 56. Una critica all'espressione «norma di cultura» si trova già in E. HEINITZ, *Das problem*, cit., pp. 90-91, il quale preferì parlare di «comandi di cultura» («Kulturgebote»). Presso la dottrina italiana, una descrizione e critica generale a quest'impostazione si trova in F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, pp. 98-107; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, pp. 673 e ss. In sede di tipicità, si vedano, in ultimo, i recenti spunti di S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, Napoli, 2016, pp. 109 e ss.

<sup>192</sup> Cfr. *Derecho penal*, cit., pp. 223-225.

<sup>193</sup> Sottolineiamo il contesto filosofico poiché l'altra variante del neokantismo — cioè, quello di Marburgo, nella quale militarono, tra gli altri, Rudolf Stammler e Hans Kelsen — sostenne una concezione del tutto opposta a proposito del ruolo che svolge la cultura al momento di accertare o meno l'anti-giuridicità di una condotta. Concretamente, i penalisti di questa corrente non credevano che la rettitudine o giuridicità degli atti umani si potesse determinare a partire da una nozione a contenuto variabile, cioè storicamente condizionata, come di fatto Mayer concepì la cultura. Questo corrisponde, a ben vedere, alla ormai classica distinzione in

parola, la sua cultura, che Mayer definì proprio in questi termini, come cioè una nozione complessa che includeva sia l'attività di valutazione sia l'esito della medesima. Per parafrasarlo direttamente: la cultura consiste nella «coltivazione di un interesse comune e della situazione che ne risulta, alla quale è aggiunto un accento di valore»<sup>194</sup>, accento che consente il passaggio da uno stato meramente naturalistico a uno realizzatore di valori.

In base a questo insieme di premesse, è logico che il diritto viene concepito come una disciplina che svolge, per così dire, un lavoro concettuale di secondo grado. La scienza del diritto — scrisse Radbruch, un altro noto militante di questa corrente — presupponeva una preformazione concettuale della sua materia, diversamente da quanto accade con le scienze naturali<sup>195</sup>. Il diritto teorizza a partire da nozioni che, prima di diventare concetti giuridici in senso stretto, si riferiscono ad un valore le cui particolarità mutano a seconda delle caratteristiche della cultura in cui siffatta teorizzazione si svolge. In base a quest'impostazione teorica i concetti giuridici rispondono ad un certo scopo ritenuto importante (cioè valutato positivamente) all'interno di una data comunità.

Questo si apprezza con particolare chiarezza allorché un determinato bene giuridico passa ad essere riconosciuto e protetto dal diritto penale. Dietro una scelta del genere vi è una particolare valutazione che avviene all'interno di una comunità che considera che *quel* bene è degno della protezione più intensa che l'ordinamento giuridico può offrire. Se, al contrario, un tal ragionamento (valutazione) non si realizza rispetto ad altri beni giuridici — i quali vengono protetti solo tramite strumenti giuridici meno intensi —, ciò non fa altro che rispecchiare la gerarchizzazione valoriale che si dà all'interno della cultura di cui trattassi. Da questa prospettiva, a livello ontologico i beni giuridici incarnano i valori su cui si basa il vivere in società. I beni giuridici sorgono e acquistano ragion di essere a seconda

---

assiologia tra assolutisti e relativisti, rispetto alla quale lo stesso Mayer fece riferimento. Si veda, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 147-156. Si veda anche J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 167; ID., *La teoría de las normas de cultura en la vida de su autor y en la ciencia penal de hoy*, in *Cultura y delito*, cit., p. 4.

<sup>194</sup> Cfr. *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 79-80. Proprio perciò per questa scuola di pensiero giuridico, l'interpretazione e la costruzione giuridica sono sempre guidate dai fini valorizzati in ogni norma o disposizione, ma anche tenendo in considerazione che esse fanno parte di una comunità dotata di una storia e cultura particolare — non di un sistema giuridico astratto, come intese il concettualismo —, in modo tale che la finalità dei precetti sarà, non qualsiasi fine posto come causa da un qualsiasi insieme di interessi, bensì quello culturalmente rilevante al momento della sua applicazione. Al riguardo si veda, M. DE RIVACOBAY RIVACOBAY, *División y fuentes*, cit., p. 153.

<sup>195</sup> Cfr. J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., pp. 165-166.

delle necessità materiali e morali dei singoli e dalla comunità alla quale essi appartengono<sup>196</sup>.

Ebbene, a questo punto occorre fare qualche precisazione a proposito del modo in cui una norma di cultura diventa una norma giuridica. Al riguardo ci aiuta lo stesso concetto di cultura. Secondo Mayer, la cultura, in quanto concetto dinamico, svolge una critica che si manifesta, logicamente e cronologicamente, in tre tappe. Innanzi tutto, ha luogo la cd. «critica storica», rappresentata dal processo culturale, cioè dal movimento costante in cui una comunità adotta nuove idee, elimina altre già antiche e, in generale, si verifica il confronto tra un valore culturale critico e un valore culturale criticato. In secondo luogo, la cd. «critica sociale», in base alla quale la cultura o la società, in quanto ente creatore della cultura, solleva le sue esigenze all'interno di una comunità di soggetti di diritto. Infine la cd. «critica statale», cioè la fase in cui la cultura si manifesta criticamente attraverso la norma giuridica, dove la cultura si manifesta come oggetto di una critica esercitata dallo Stato a partire dalla quale si disgiunge il campo del lecito dall'ambito dell'illecito<sup>197</sup>.

Di queste tre critiche quella che ci interessa è la terza. E questo non solo perché ci consente d'individuare dove si fonda l'ordinamento giuridico nella sua interezza, riportandolo verso le basi (normative) pre-giuridiche su cui si basa e dalle quali emerge. Capire il processo a partire dal quale una norma di cultura acquista riconoscimento statale rende possibile concepire il giudizio di antigiuridicità in termini sostanziali, ovvero come un rapporto di contraddizione tra la condotta tipica e la norma di cultura che sta alla base del precetto penale violato<sup>198</sup>. La delimitazione tra la condotta lecita e quella illecita avviene legislativamente attraverso il riconoscimento statale delle norme di cultura, il che significa, in fin dei conti, che sono esse a rifiutare il comportamento antisociale e ad istituire l'antigiuridicità degli atti<sup>199</sup>.

In base a questo quadro teorico diventa del tutto coerente la definizione di antigiuridicità accennata precedentemente e, d'altronde, del tutto logico il modo in cui Mayer definì il suo

<sup>196</sup> Paradigmatico in tal senso, M. JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, pp. 81-82.

<sup>197</sup> *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 85-93.

<sup>198</sup> Così, ad esempio, M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El proceso de Lieja a la luz de la dogmática penal*, in *Violencia y justicia*, Valparaíso, 2012, pp. 224-225. In termini analoghi, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*, in *Revista de derecho penal y criminología* (Madrid), N° 3, 1993, pp. 235-236.

<sup>199</sup> Si vedano, M.E. MAYER, *Derecho penal*, cit., pp. 63 e 71; ID., *Normas jurídicas*, cit., p. 171.

rovescio: la giustificazione. In effetti, per l'Autore le scriminanti raggruppano «le cause che contraddicono la supposizione che l'autore, realizzando una fattispecie, ha leso una norma di cultura riconosciuta dallo Stato»<sup>200</sup>. Ritenendo che è la cultura a dare forma e contenuto all'antigiuridicità degli atti si apprezza in tutta chiarezza il neokantismo sudoccidentale, attento di per sé alla filosofia dei valori e al modo in cui essi condizionano l'esistenza e la materia degli oggetti di stima delle norme giuridiche (i beni giuridici), oltre ad essere una via molto più determinata e praticabile — rispetto al neokantismo di Stammler o Kelsen, ad esempio<sup>201</sup> — per superare la trappola del positivismo e rendere ancora più chiara la sostanza e natura dell'antigiuridicità<sup>202</sup>.

Ciò significa dire che una difesa della teoria dell'interesse prevalente, in quanto fondamento dello stato di necessità, potrebbe perfettamente strutturarsi a partire dai postulati di questa corrente di pensiero e dall'insieme di conseguenze dogmatiche che ne derivano<sup>203</sup>. La logica conseguenza dell'assunto in virtù del quale la delimitazione tra condotta lecita e condotta antigiuridica si realizza legislativamente mediante il riconoscimento delle norme di cultura, consiste, tra le altre cose, nel ricorrere ad esse per interpretare i casi in cui avviene un conflitto tra interessi<sup>204</sup>.

Pertanto, se lo scopo dell'ordine giuridico consiste nel rendere possibile la sicurezza e la giustizia nella vita sociale, diventa ovvio che il *quid* dell'illecito richieda, quale «plus», una offesa agli ideali o aspirazioni valoriali della comunità statale o internazionale, un attacco cioè alle condizioni e circostanze della vita che consentono l'umana convivenza. Dal momento che nella vita di relazione i beni giuridici si incrociano in modo così complesso, il giudizio valoriale che comporta l'accertamento dell'antigiuridicità in ipotesi di conflitto tra interessi giuridicamente tutelati non si esaurisce con la semplice idea del danno o lesione di essi. L'interpretazione dello stato di necessità e del conflitto che sta alla base deve

---

<sup>200</sup> M.E. MAYER, *Derecho penal*, cit., p. 335. Presso la dottrina cilena, si veda già in tale senso, R. FONTECILLA RIQUELME, *Los problemas jurídicos de las causas supraleales de justificación*, in M. JIMÉNEZ HUERTA (a cura di), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1964, p. 677; in italiano, G. BETTIOL, *Indirizzi metodici*, cit., p. 728; A. REYES ECHANDÍA, *op. cit.*, p. 12.

<sup>201</sup> Si veda, *supra*, testo e nota 190.

<sup>202</sup> Cfr. J. L. GUZMÁN DALBORA, *La teoría de las normas de cultura*, cit., p. 5; ID., *Bien jurídico y norma de cultura*, cit., p. 237.

<sup>203</sup> Così R. ALEXY, *op. cit.*, p. 171.

<sup>204</sup> Così anche E. HEINITZ, *Das problem*, cit., p. 87.

considerare se la condotta mediante la quale sacrifica un interesse giuridicamente protetto offende o meno gli ideali valoriali della comunità nazionale o internazionale<sup>205</sup>.

In questi termini, dunque, l'affermazione che tra il principio dell'interesse prevalente e l'utilitarismo vi sarebbe un rapporto filosofico-concettuale è quantomeno discutibile<sup>206</sup>. Per converso, il principio dell'interesse prevalente può perfettamente ritenersi il risultato o addirittura l'espressione della gerarchizzazione che avviene all'interno di una data comunità a partire dai valori che in essa si considerino più o meno rilevanti. Al di là della corrente specifica alla quale si aderisca nell'ambito della filosofia dei valori, è trasversalmente condivisa l'opinione secondo cui i valori sono ordinati gerarchicamente. La discussione riguarda piuttosto i criteri specifici secondo i quali tale gerarchizzazione si struttura. Ma il fatto è che sia gli uomini individualmente considerati sia le comunità e gruppi culturali particolari si muovono moralmente sulla base di una *tabula* il cui grado di certezza o stabilità dipende, tra le altre cose, dal grado di sofisticazione culturale dell'ambito in cui avviene la condotta concreta<sup>207</sup>.

In tema di stato di necessità questa gerarchizzazione ha una notevole portata. Indiscutibilmente, il valore che all'interno di una data comunità si attribuisce a certi beni giuridici è più semplice da «catturare». Il compito di calibrare questa valutazione è in larga misura facilitato dalla sola considerazione che un dato bene è stato «privilegiato» dalla decisione legislativa di proteggerlo *penalmente*; altrettanto si può dire (fattore in nessun modo euristico) se si considera l'importo delle pene previste contro la loro violazione.

Ma questa gerarchizzazione non riguarda solo i beni giuridici in conflitto. Essa si proietta anche sul resto degli «interessi giuridicamente protetti», cioè sull'insieme di fattori che il giudice considera quando esegue il bilanciamento. Essi sono pure espressione

---

<sup>205</sup> Così, già, M. JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, pp. 93-94. In termini analoghi, con posteriorità, F. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Notas en torno a la esencia de lo antijurídico*, cit., pp. 374-376; M. DE RIVACOBAY RIVACOBAY, *El proceso de Lieja a la luz de la dogmática penal*, cit., pp. 224-225.

<sup>206</sup> Così, presso la dottrina statunitense, D. HUSAK, *Justification and the Criminal Liability of Accessories*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, N° 80, 1989, pp. 491 e ss. Per una analisi critica generale sull'utilitarismo in ambito penale, si veda ID., *Overcriminalization*, New York, 2008, pp. 188 e ss.

<sup>207</sup> Si veda, tra gli altri, V. ITALIA, *Interpretazione sistematica delle norme e dei valori*, Milano, 1993, p. 93. R. FRONDI, *¿Qué son los valores?*, Città del Messico, 2012, pp. 20-21, secondo il quale «è una qualità essenziale dei valori il presentarsi gerarchicamente» (p. 131). Sulla cd. assiologia giuridica si veda la completissima analisi di L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México D.F., 1975, pp. 367 e ss. Un, a nostro avviso, condivisibile tentativo di gerarchizzazione, si trova in E. GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, México D.F., 1986, pp. 439 e ss., che distingue tra valori fondamentali, consecutivi e strumentali.

dell'importanza che all'interno di una comunità hanno determinati valori, come la dignità, l'umanità o persino la giustizia. Il fatto che nel bilanciamento venga presa in considerazione la situazione economica dei soggetti coinvolti — si pensi ancora al caso del ricco allevatore — è un chiaro esempio in questa direzione. Per lo stesso motivo — cioè perché viene richiamato il valore assoluto della dignità umana — il bilanciamento si risolve (o, per meglio dire, viene sin dall'inizio escluso) nei casi in cui si discute la possibilità di torturare il prigioniero che ha informazioni sugli spostamenti della persona da lui sequestrata. Un ragionamento analogo vale, ad esempio, per il caso del prelievo forzato del rene a cui abbiamo accennato in precedenza.

## 5. *Bilancio critico.*

5.1. Alla luce dell'analisi svolta fin qui è possibile concludere che l'oggetto del bilanciamento sono gli interessi coinvolti nella situazione di necessità.

Riteniamo, in effetti, che sia il modo più preciso per individuare ciò che deve ponderare il giudice al momento di chiedersi se occorre o meno giustificare la condotta realizzata dal soggetto necessitato. In primo luogo, perché si tratta di un modo di concepire la questione che non si esponga alle obiezioni politiche che si rivolgono contro il bilanciamento di beni. Ma non solo. Tramite questo modo di concepire l'argomento, nello svolgimento *in concreto* del bilanciamento si raggiunge un esito più complesso e sicuramente più convincente rispetto a quello prospettabile da una ponderazione limitata al valore attribuito ai beni giuridici in conflitto. D'altra parte, continua ad essere comunque una formula più convincente rispetto a quella utilizzata dai fautori della giurisprudenza dei valori. E ciò non solo perché gli argomenti che essi adducono implicano un distacco *effettivo* rispetto ad una concezione utilitaristica dell'interesse. Del resto, vi è tutta una tradizione dogmatica che si è sforzata con successo di togliere qualsiasi componente edonistica, psicologica o eccessivamente materialistica alla nozione di interesse. La critica di Kelsen alla tesi di Jhering a cui abbiamo fatto cenno è un chiaro esempio in tal senso. La principale difficoltà



cui devono far fronte i critici del bilanciamento degli interessi consiste nel non offrire una risposta essenzialmente diversa da quella sviluppata dalla versione più sofisticata del bilanciamento degli interessi. Le impostazioni che al riguardo sostennero Mezger e Bettiolo confermano. Il contributo della giurisprudenza dei valori si apprezza piuttosto di fronte alla necessità di dotare di contenuto assiologico il principio dell'interesse prevalente oppure, detto altrimenti, al momento di giustificarlo filosoficamente.

Abbiamo ribadito che il modo in cui viene concepito l'oggetto del bilanciamento nello stato di necessità è, in larga misura, sintomatico della dottrina politica che anima il rispettivo ordinamento. Ma, oltre a questo, se abbiamo dedicato la prima parte di questo capitolo a distinguere tra beni, interessi e valori, e il modo in cui essi si proiettano in materia di stato di necessità, ciò si deve anche a due motivi addizionali. In primo luogo, la presunta identificazione che avvertono i critici del principio dell'interesse prevalente con la teoria della ponderazione di beni — entrambi sarebbero comunque manifestazioni dell'utilitarismo, solo che il primo lo sarebbe in minor intensità —. In secondo luogo, al fatto che nella discussione «extrapenale» — dove il bilanciamento è stato un argomento classico di discussione — siffatta distinzione non presenta la portata o le sfumature che ha nel penale.

Come si può osservare, si tratta di due motivi piuttosto pratici, poiché, a ben vedere, la distinzione esprime, da una prospettiva storica, una «controversia di famiglia». Sia la ponderazione di beni che quella di interessi o valori rientrano indistintamente nella tradizione che, da Hegel in poi<sup>208</sup>, ritiene che lo stato di necessità risponde alla cd. «teoria oggettiva della collisione di diritti o beni». Detta impostazione, com'è noto, costituì una pietra miliare nella discussione dogmatica dell'istituto in quanto significò scollegarlo dall'istinto di conservazione e permise di raggiungere probabilmente la conquista dogmatica più importante in tema di stato di necessità: la differenziazione<sup>209</sup>. Al di là delle riserve che si possano avere riguardo allo sfondo politico che era alla base delle prime

<sup>208</sup> Così, tra gli altri, E. VENAFA, *Scusanti*, Torino, 2002, p. 7; U. GIULIANI, *op. cit.*, p. 104; J. M. RODRÍGUEZ DE VESA, A. SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 579. Sul pensiero hegeliano in materia di stato di necessità, si veda P. BOCKELMANN, *Hegels Notstandslehre*, Berlino-Lipsia, 1935, *passim*.

<sup>209</sup> «Un diritto *necessario*» sostenne Hegel. Cfr. *op. cit.*, il § 127, p. 127. È a nostro avviso importante sottolineare questo momento storico della discussione, poiché dato il preteso carattere assoluto che Hegel attribuì alla vita Albert Friedrich Berner distinse tra necessità giustificante e necessità scusante. La critica di Berner mise in discussione siffatto carattere assoluto della vita a partire dal dovere di affrontare la morte che lo Stato imponeva ai soldati. Al di là di questo, anche Berner parla di «diritti» per riferirsi all'oggetto del conflitto. Si veda, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, Lipsia, 1898, pp. 102-106.

concezioni oggettive dello stato di necessità, esse ebbero l'incontrovertibile merito di introdurre la nozione di bilanciamento o ponderazione, la quale, man mano che si raggiungevano conquiste politiche, si è progressivamente depurata. Dal momento in cui s'introdusse l'idea del bilanciamento si abbandonarono, almeno in parte, le concezioni che collocavano lo stato di necessità al di fuori del diritto penale o che ritenevano che, per suo conto, si accogliessero giuridicamente ipotesi in cui diventasse tollerabile un ritorno alla comunità di beni e allo stato di natura<sup>210</sup>.

5.2. Oltre i motivi di ordine politico-ideologico che rendono obietttabile il bilanciamento di beni, sono le conseguenze di tipo dogmatico a confermare i vantaggi comparativi del bilanciamento degli interessi. Gli esiti sconcertanti del bilanciamento puro di beni rendono ancora più sensata l'apertura della ponderazione.

Al riguardo, abbiamo visto come l'incorporazione della nozione di solidarietà presso la discussione tedesca contribuì a introdurre due note che, oltre a figurare all'interno del precetto che disciplina attualmente l'istituto in Germania, hanno contribuito ad individuare concettualmente i limiti della giustificante. Ci riferiamo, da un lato, al requisito della sproporzionata differenza tra il bene sacrificato e quello salvato e, dall'altro, alle restrizioni al fine di escludere la possibilità di sacrificio di beni altamente personali. Entrambe le esigenze contraddistinguono attualmente lo stato di necessità giustificante a livello internazionale e hanno plasmato ancora meglio l'istituto rispetto allo stato di necessità scusante.

L'altra nota su cui in larga misura si è concentrata l'attenzione nel dibattito tedesco è la clausola dell'adeguatezza sociale il cui quadro di letture, per quanto riguarda il suo senso specifico, è assai contrastante. A nostro avviso, al di là dei termini specifici scelti dal § 34 *StGB*, l'unica interpretazione ragionevole di un tale esigenza consiste in un richiamo al giudice affinché tenga in considerazione la situazione particolare dei soggetti coinvolti, cioè fattori economici, sociali, culturali, e via dicendo. Si tratta, come abbiamo accennato, di una considerazione oggettiva delle particolarità della situazione concreta che non implica affatto soggettivizzare il giudizio di anti giuridicità.

---

<sup>210</sup> Un'approfondita analisi storica di quest'evoluzione, con ulteriori riferimenti bibliografici, si trova in L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. IV, pp. 343-350.

Sulla base di questa interpretazione si ottengono due risultati. Da un lato, si evita l'inclusione nel giudizio di antigiuridicità di elementi di tipo soggettivo. In altre parole, si evita l'inclusione del cd. illecito personale. D'altro canto, la nozione di «interesse» diventa ancora più complessa, poiché occorre intenderlo non solo come il mero rapporto giuridicamente riconosciuto tra un dato bene giuridico e il suo titolare, bensì come includente anche siffatte circostanze, le quali mutano solitamente caso per caso.

Questa seconda conseguenza, dal canto suo, è del tutto coerente al modo in cui concepiamo lo stato di necessità e il suo fondamento. Lo stato di necessità e, in particolare, il principio dell'interesse prevalente, sono vincolati solo a raggiungere soluzioni convincenti, cioè soluzioni che, oltre a stabilire che la salvaguarda di un bene giuridico a discapito di quello sacrificato si giustifica, si limitino a non suscitare un crollo degli ideali valorativi della comunità nella quale viene applicato.

5.3. L'impostazione critica del bilanciamento degli interessi e del principio dell'interesse prevalente parte da una prospettiva che ritiene che lo stato di necessità costituisca, innanzitutto, un istituto di carattere intersoggettivo. Ecco perché la domanda che si è posti sin dall'inizio riguarda le ragioni per cui il terzo estraneo che subisce l'azione necessaria dovrebbe tollerarla.

Probabilmente, il quadro diventerà più completo e chiaro quando affronteremo la parte propositiva dell'impostazione, ovvero la nozione che sostituirebbe quella dell'interesse prevalente in quanto fondamento dello stato di necessità<sup>211</sup>. Ad ogni modo, i motivi che ci portano a dubitare del legame che secondo quest'impostazione vi sarebbe con l'utilitarismo si spiegano non solo dalla diversa prospettiva da cui prendiamo le mosse nel paragrafo dedicato alla teoria delle norme di cultura di Max Ernst Mayer. Essi partono da una premessa che, a nostro avviso, è stata impropriamente sopravvalutata.

In effetti, da una prospettiva liberale non vi sono maggiori obiezioni di fronte alla concezione secondo cui la funzione principale del diritto consiste nel garantire quanto più possibile l'intangibilità delle sfere di autonomia dei singoli appartenenti ad una data comunità. Anzi, questa premessa risulta del tutto coerente col modo in cui abbiamo

---

<sup>211</sup> Ciò ci porterà, naturalmente, ad analizzare anche la concezione dell'antigiuridicità che vi è dietro. Si veda, *infra*, cap. II, §§ 1. e 3.

concepito la nozione di interesse, ovvero come bene giuridicamente riconosciuto e protetto la cui titolarità risiede *in primis* nell'individuo e non nello Stato.

Tuttavia, il problema di questa concezione consiste nel dimenticare che tra i compiti del diritto vi è anche quello di proteggere e garantire l'umana convivenza, grazie alla quale il singolo riesce a raggiungere la sua qualità di essere libero. In tema di stato di necessità ciò si ottiene — dato il carattere irrisolvibile del conflitto che vi soggiace — mediante la protezione degli interessi che sono considerati di maggior valore all'interno della società. Solo così, a nostro avviso, si garantisce il carattere generale e oggettivo che deve contraddistinguere il giudizio di antigiuridicità, in base al quale domande tipo «perché *proprio io* dovrei sacrificarmi per il *suo* bene?» sono piuttosto impertinenti<sup>212</sup>.

D'altronde, il fatto che tale «maggior valutazione» non si concentri solo nel valore attribuito ai beni in conflitto ma anche, ad esempio, nelle circostanze personali dei soggetti coinvolti, indica che il principio in questione, lungi dall'essere l'esito di un ragionamento di tipo utilitaristico o la manifestazione di una «massima formale», ha un *status* assiologico ben definito. E questo è confermato dal fatto che non tutte le teorie etiche di stampo teleologico — cioè quelle che giudicano il merito morale delle azioni a seconda dei risultati — sfociano nell'utilitarismo<sup>213</sup>.

5.4. La severità della critica alla teoria dell'interesse prevalente impedisce a quest'impostazione di individuare dove, in realtà, siffatta teoria trova le sue radici. Nessuno degli autori critici dell'interesse prevalente fa riferimento al legame storico e dogmatico che vi è tra esso e la cd. antigiuridicità materiale. Si tratta di una circostanza assai curiosa, dato l'incontrovertibile impatto che ebbe nella giurisprudenza tedesca nella prima metà del XX

---

<sup>212</sup> Si veda, *infra*, cap. II, § 3.

<sup>213</sup> Così, R. MERKEL, *op. cit.*, p. 196, secondo cui non è corretto omologare «conseguenzialismo» e «utilitarismo» (come sembra sostenere, invece, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia*, in *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, p. 237: «A mio avviso, nel giudizio di proprio della giustificazione, occorre includere elementi estranee alla pura logica consequenzialista o di utilità finale globale»). In un senso analogo, più di recente, A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Necesidad justificante*, cit., p. 219. Non è possibile affrontare in dettaglio questa vicenda filosofica, per cui rinviando all'analisi svolta da F. VON KUTSCHERA, *Fundamentos de ética*, Trad. di M. T. HERNÁNDEZ-PÉREZ, Madrid, 2006, pp. 78 e ss. Sull'etica teleologica, anche detta etica empirica o etica basata sull'esperienza, e le differenze con la cd. etica deontologica, si veda l'istruttiva opera di E. GARCÍA MAYNEZ, *Ética*, Città del Messico, 1965, pp. 69-81.

secolo, condizionando in larga misura la discussione dogmatica che si tradusse nell'attuale § 34 del *StGB*.

A prescindere dai collegamenti che abbiamo stabilito tra la teoria delle norme di cultura e la dottrina dell'antigiuridicità materiale, siffatta teoria è stata sistematicamente criticata perché rappresenterebbe una fonte di decisionismo giuridico incompatibile con uno Stato liberale o, addirittura, uno strumento utile ai regimi autoritari. La bibliografia critica al riguardo è di certo amplissima e sicuramente non possiamo in questa sede sistematizzarla completamente. Ad ogni modo, il fatto è che una parte importante di essa si riferisce proprio al versante del «rischio politico». Al riguardo possiamo rispondere con due osservazioni.

In primo luogo, insinuare un certo rapporto teorico-politico tra una qualsiasi impostazione e un regime autoritario o totalitario ignora — e questo è stato studiato in teoria politica — una caratteristica fondamentale di esse: un regime di questo tenore si avvarrà di tutto ciò che gli sia utile, fino a manipolare le premesse di una teoria per ottenere delle conclusioni funzionali allo scopo politico. Una critica che non consideri questo aspetto appare pertanto squilibrata o incompleta. In secondo luogo, e concentrandoci specificamente sul ruolo storico che ebbe la teoria delle norme di cultura, è possibile affermare che non fu il relativismo critico di Mayer a contribuire al collasso morale della Germania nazista. Tale incidenza l'ebbero, per converso, proprio le teorie che criticarono più severamente l'impostazione mayeriana. Ci riferiamo, come si può intuire, al positivismo di conio kelseniano, la cui insistenza in ordine alla salvaguardia ad oltranza della validità delle norme a prescindere del loro contenuto rese il diritto un mero strumento della volontà dello Stato come fine in sé<sup>214</sup>.

Proprio per questo non è possibile rimanere inerti di fronte all'imputazione rivolta contro la teoria dell'interesse prevalente nel senso che risponderebbe ad una dottrina politica poco liberale o collettivistica. Il nesso concettuale tra siffatta teoria e la cd. antigiuridicità materiale e persino l'impostazione di von Liszt — che non è, in quanto appartenente alla giurisprudenza degli interessi, filosoficamente robusta — è sufficiente per rifiutarla. Come abbiamo accennato spiegando le linee guida della giurisprudenza degli interessi, per Liszt il

---

<sup>214</sup> Una sintesi della critica presso la dottrina tedesca alla teoria di M.E. Mayer, si trova in J. L. GUZMÁN DALBORA, *La teoría de las normas de cultura*, cit., pp. 8-11.

compito del diritto penale è solo di riconoscere e proteggere gli interessi delle persone, i quali, per converso, non originano da una concessione dello Stato, bensì dalla vita stessa. In questa direzione, non è casuale che Mayer fosse assai insistente rispetto al ruolo che compete allo Stato, cioè quello di limitarsi a riconoscere giuridicamente le norme di cultura, rispetto alle quali, dal punto di vista della sua formazione, non ha nessuna incidenza. Limitazione che, d'altra parte, è del tutto coerente con la scelta di collocare l'umanità in cima a tutti gli altri valori, attribuendogli una validità iper-relativa<sup>215</sup>.

Infine — e nonostante ciò che verrà detto più avanti<sup>216</sup> —, una importantissima avvertenza. Se abbiamo concluso che il principio dell'interesse prevalente non è altro che una norma di cultura che esprime, a sua volta, l'importanza che una data comunità attribuisce a certi valori, non vi sarebbe nulla in contrario a che tale prevalenza non fosse che l'esito del valore della «solidarietà»<sup>217</sup>, il quale viene concepito attualmente come una risposta incompatibile con la teoria dell'interesse prevalente in quanto fondamento dello stato di necessità. È vero, in linea di massima non vi sarebbe nulla ad impedirlo, fuorché le sue evidenti distonie con l'idea di umanità.

---

<sup>215</sup> Cfr. *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 190 e ss.

<sup>216</sup> Cfr. *infra*, cap. II, § 3.

<sup>217</sup> Così, ad esempio, E. HEINITZ, *Das problem*, cit., p. 37; S. PEÑA WASAFF, *op. cit.*, p. 82, testo e note 195-196.

## CAPITOLO II

### IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ E LO STATO DI NECESSITÀ GIUSTIFICANTE

SOMMARIO: 1. Dalla critica alla proposta: il principio di solidarietà come fondamento dello stato di necessità. La nozione di «sfera di autonomia». — 2. La solidarietà e il diritto. La solidarietà come concetto penalistico. — 3. È compatibile la nozione di solidarietà verticale con un diritto penale liberale? Il personalismo e l'idea di fraternità. — 4. Bilancio critico.

1. *Dalla critica alla proposta: il principio di solidarietà come fondamento dello stato di necessità. La nozione di «sfera di autonomia».*

1.1. Le riserve alla tesi dell'interesse prevalente presentate nel capitolo precedente costituiscono, tuttavia, solo una parte di questo approccio critico. In effetti, finora ci siamo concentrati esclusivamente sull'insieme delle critiche che suscita questo principio, ma non sulla nozione o sul concetto che concorrerebbe ad offrire una risposta soddisfacente di fronte alla domanda sul motivo per cui il titolare del bene giuridico sacrificato deve tollerare l'azione necessitata<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Come ritiene R. ROBLES PLANAS, *En los límites de la justificación*, cit., pp. 460-461, nota 43, l'espressione «dovere di tolleranza» o «dovere di sopportare» è incorretta perché il danneggiato da una causa di giustificazione che implica un diritto a ledere, non ha un dovere stretto di sopportare la lesione del suo bene giuridico. Richiamando Luzón Peña, secondo Robles Planas questo apprezzamento deve essere condiviso in quanto, infatti, in generale il dovere di tollerare non comporta l'obbligo di subire le conseguenze della situazione necessitante. Ora, questa terminologia si può mantenere se viene concepita nel senso che l'ordinamento giuridico *vieta* al danneggiato intraprendere contro il soggetto necessitato un'azione di respingimento, giacché la condotta di esso non può essere intesa come aggressione illegittima. All'opposto, se il danneggiato reagisce contro il soggetto necessitato (il quale, dal canto suo, agisce lecitamente) tale condotta dovrà essere qualificata come una aggressione illegittima. Così, anche, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Sobre las situaciones de necesidad*, cit., p. 235.

Come abbiamo evidenziato in precedenza, oltre alla pretesa incapacità di *autocontrollo* che colpirebbe il principio dell'interesse prevalente, secondo quest'impostazione esso sarebbe manifestazione di un discutibile utilitarismo, incompatibile con la descrizione più «moderna» del diritto, oppure — quando, di converso, rinnega questa tradizione filosofica — la espressione di una «massima formale», vale a dire assiologicamente vuota o neutra.

Dunque, a prescindere dalla esattezza o meno di questo giudizio — nell'ultima parte del capitolo precedente abbiamo tentato almeno di relativizzarlo —, è ovvio che per questa dottrina diventa imprescindibile cercare altrove la risposta a tale interrogativo. Ebbene, è stato in questo contesto che si è imposto il cd. «principio di solidarietà»<sup>2</sup>.

Sintetizzando la premessa da cui muove, questa dottrina considera che il motivo per cui al titolare del bene giuridico sacrificato è vietato reagire contro l'azione del soggetto necessitato risiede in un preteso dovere di tolleranza (*Duldungspflichten*) la cui base è rinvenibile, per l'appunto, nell'idea di solidarietà<sup>3</sup>. Sarebbe quest'ultima a spiegare un dovere che — ecco la sua principale difficoltà concettuale ed interpretativa — non emerge da un atto di assunzione concreto e tangibile. In quanto restrizione della libertà e diritti del soggetto terzo, la solidarietà limita un altro concetto o principio che, seppur succintamente, abbiamo già accennato in precedenza: l'autonomia formale. Questo tratto — che si avverte

<sup>2</sup> Questo sforzo di sistematizzazione è diventato probabilmente più esplicito dopo la pubblicazione del manuale di Günther Jakobs. Cfr. *Derecho penal*, cit., pp. 421-422. Sulla transizione sperimentata in merito dalla dottrina tedesca, rinviando alla bibliografia citata da W. FRISCH, *op. cit.*, pp. 5-6, alla nota 17. Presso la dottrina italiana, fa qualche cenno sulla posizione di Jakobs G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 307, nota 21. Oltre a fungere da fondamento dello stato di necessità aggressivo, difendono di recente un ruolo più ampio all'interno della teoria del reato del principio in questione, tra gli altri, A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Necesidad justificante*, cit., p. 215 e K. SEELMANN, *¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?*, in *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Madrid, 2013, p. 74.

<sup>3</sup> Così, tra gli altri, M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, cit., pp. 57 e ss.; J. RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, Berlino, 1994, pp. 195 e ss.; W. FRISCH, *op. cit.*, p. 5; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, in *Revista Discusiones*, N° 7, 2007, p. 31; I. COCA VILA, *Entre responsabilidad y solidaridad*, cit., pp. 10 e 29; ID., *La colisión de deberes*, cit., p. 510. Ambiguo, invece, J. WESSELS, *op. cit.*, pp. 86-87, secondo cui, dopo sostenere che «i casi di stato di necessità giustificante [tra cui i § 904 BGB e § 34 StGB] si basano sul principio dell'interesse prevalente», afferma che nelle ipotesi di stato di necessità giustificante aggressivo «il concetto fondamentale è basato sulla solidarietà della comunità giuridica che esige dall'individuo, in certi casi di necessità, un certo grado di solidarietà» (il corsivo è dell'Autore). Sullo spinoso problema riguardante la fonte di questo dovere di tolleranza, cioè se esso emerge dalla stessa norma che prevede la causa di giustificazione oppure da una norma diversa, si veda, di recente, J.P. MAÑALICH RAFFO, *Normas permisivas y deberes de tolerancia*, in *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, 2014, pp. 473-522; M. FERRANTE, *Necesitados, intolerantes homicidas y malos samaritanos*, in *Revista Discusiones*, N° 7, 2007, pp. 57-77 e, in particolare, 65. L'importanza di questo interrogativo è stata relativizzata di recente da A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Necesidad justificante*, cit., p. 224, secondo cui «l'analisi normologica è utile, ma ausiliare».



quantomeno nelle versioni più diffuse di questa dottrina — ritiene che nello Stato sociale e democratico di diritto le sfere di autonomia si collegano attraverso legami di solidarietà, i quali modulano qualsiasi pretesa di separazione assoluta tra di esse<sup>4</sup>.

Nelle ipotesi di stato di necessità aggressivo colui che subisce il sacrificio del proprio interesse (o «subisce l'invasione nella propria sfera di autonomia», per dirla utilizzando questa terminologia) è completamente estraneo. Si pensi, ad esempio, ai rischi naturali o ai pericoli che scaturiscono dalla sfera del soggetto in questione ma che non eccedono la soglia di rischio consentito o socialmente adeguato<sup>5</sup>. In questi casi la situazione di necessità non gli è nemmeno oggettivamente imputabile.

Nel capitolo precedente abbiamo ribadito, infatti, che secondo questo approccio critico il diritto non fungerebbe da strumento di tutela degli interessi giuridicamente protetti dei singoli o dei beni della comunità, bensì come uno strumento il cui compito principale consisterebbe, all'opposto, nel coordinare siffatte sfere di autonomia<sup>6</sup>. Sotto questo profilo, pertanto, lo stato di necessità costituirebbe un istituto contrapposto a tale funzione, poiché consentirebbe, entro certi limiti, che un individuo (il soggetto necessitato) possa superare la sua necessità mediante la violazione della sfera di autonomia altrui. Detto altrimenti: tale spazio — in linea di principio intangibile — viene limitato dal principio di solidarietà<sup>7</sup>.

Prima di precisare, dunque, cosa s'intenda per solidarietà in ambito di stato di necessità, occorre però precisare a cosa si riferisce questo approccio dottrinale quando evoca il «principio di autonomia».

---

<sup>4</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.* p. 64.

<sup>5</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, p. 90. Collegando la nozione di sfera di autonomia col discorso sul rischio, secondo L. CORNACCHIA, *op. cit.*, p. 273, la sfera di competenza rappresenta il limite oggettivo che circoscrive l'ambito di esso, nel senso che ciascuno deve rispondere per gli effetti lesivi della propria azione e oltre il quale il rischio stesso è da ritenersi *ex ante* lecito, anche qualora gli eventi che da questo scaturiscano siano «causati» sul piano naturalistico dalla condotta di quella persona e persino quando siano oggetto di conoscenza e di volontà. All'opposto, dunque, la riconducibilità del fatto alla sfera di competenza di un soggetto esclude il coinvolgimento di terzi.

<sup>6</sup> Così, di recente, I. COCA VILA, *La colisión de deberes*, cit., p. 247, secondo cui «un sistema giuridico si legittima e si spiega nella misura in cui esso sia capace di ordinare la vita sociale, delimitando in maniera giusta le sfere di libertà»; U. NEUMANN, *op. cit.*, p. 155 e ss.

<sup>7</sup> Cfr. F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, p. 64; di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 68. Della stessa opinione presso la manualistica spagnola, A. CALDERÓN CEREZO, J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho penal*, Madrid, 2005, p. 182; E. BACIGALUPO, *Principios*, cit., p. 267, secondo cui lo stato di necessità aggressivo «risponde direttamente al dovere di solidarietà che l'ordinamento giuridico impone in certi casi». Sotto un profilo più generale, si veda, R. ALCÁCER GUIRAO, *Autonomía, solidaridad y deber de socorro*, ADPCP, t. LIII, 2000, p. 365; A. CORTINA ORTS, *Más allá del colectivismo y el individualismo: autonomía y solidaridad*, in *Ética sin moral*, Madrid, 2016, pp. 273 e ss.

1.2. Ebbene, l'autonomia — sovente anche denominata «sfera di autonomia» — non designerebbe altro che lo spazio rispetto al quale i rispettivi titolari hanno un potere di autodeterminazione<sup>8</sup> che, nella misura in cui dal suo esercizio non scaturiscano conseguenze negative nei confronti degli altri soggetti, è assoluto. Se *determinare* qualcuno significa dettargli i contenuti del suo agire e, di conseguenza, esercitare controllo su di lui, l'*autodeterminazione* consiste, all'opposto, nel riconoscere agli altri la loro autonomia di governare sé stessi, l'essere cioè rispettato in quanto soggetto capace di condurre la propria vita in maniera liberamente responsabile<sup>9</sup>.

In questi termini, pertanto, è possibile sostenere che l'autonomia si proietta in una doppia direzione. Comprende, da un lato, la cd. «libertà di organizzazione», cioè la facoltà del titolare di gestire i propri beni giuridici nel modo che ritenga più conveniente; d'altro lato, comprende la cd. «responsabilità per organizzazione», l'obbligo cioè di gestire correttamente la propria sfera in modo tale da non pregiudicare le sfere altrui. La sfera di autonomia, dunque, comprenderebbe l'insieme di doveri, diritti o facoltà che fanno parte della posizione che sovente le costituzioni — quantomeno quelle riconducibili alla cd. «cultura occidentale» — riconoscono ai singoli per il solo fatto di essere individui. La nozione di «sfera» esprime l'idea di uno spazio ben definito rispetto al suo ambito, il quale viene delimitato sia a livello «esterno» che «interno». Comprende il rispetto e la garanzia delle prerogative degli altri cittadini (*neminem ledere*) e garantisce delle aspettative normative formalizzate nella posizione stessa<sup>10</sup>.

In base a questa doppia proiezione, la dottrina ha tentato di precisare il contenuto della nozione di autonomia. Essa, in base all'impostazione di Baldó Lavilla, sarebbe composta da

---

<sup>8</sup> Negli stessi termini, presso la dottrina italiana, E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., p. 217: «il fatto necessitato — rivolgendosi verso un soggetto estraneo al quadro necessitato — offende anche il diritto di autodeterminazione (l'autonomia appunto) del titolare del bene giuridico sacrificato».

<sup>9</sup> Così, di recente, M. PAWLIK, *Ciudadanía*, cit., p. 86. Si vedano anche pp. 33-36, in cui l'Autore collega le particolarità dell'autodeterminazione — o, per meglio dire, i diversi gradi di essa — con il maggior o minore grado di stratificazione dei rispettivi modelli di società; ID., *Solidaridad*, cit., p. 226; in un senso analogo, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., pp. 69-70. Collegando il discorso dell'autonomia col problema dei livelli accettabili di flessibilità delle leggi penali, J.J. MORESO, *op. cit.*, p. 352. La tesi di Moreso si può sintetizzare nel modo seguente: tanto più indeterminata è la legge penale, minore diventa il grado di autodeterminazione del singolo. Della stessa opinione, già J. RAWLS, *op. cit.*, p. 237, secondo cui «se viene violata la massima per cui non esiste crimine senza legge, per esempio a causa della vaghezza e dell'imprecisione delle leggi, ciò che abbiamo la libertà di fare è ugualmente vago e impreciso. I confini della nostra libertà sono incerti». Sul punto di veda, *supra*, cap. I, testo e nota 152.

<sup>10</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 47-48; M. PAWLIK, *Ciudadanía*, cit., p. 104. In termini sostanzialmente analoghi, presso la dottrina italiana, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, pp. 254-255.

tre, per così dire, «sotto-principi»: a) il principio di autodefinizione degli interessi propri; b) il principio di responsabilità per il proprio comportamento organizzatore (che genera rischi per i terzi); e, infine, c) il principio dell'assunzione personale di rischi non imputabili a sfere organizzative altrui<sup>11</sup>. Tutti e tre i sotto-principi, come vedremo in seguito, incidono in materia di scriminanti e, in particolare, in tema di stato di necessità giustificante aggressivo.

a) Il primo sotto-principio consiste nella libertà che ha il titolare rispetto alla composizione, all'interno della rispettiva sfera di autonomia, dei beni che ne fanno parte<sup>12</sup>. Questa libertà si può esercitare tramite atti propri — commissivi od omissivi — o mediante la libera accettazione di atti esterni, cioè eseguiti da terzi.

L'importanza di questo primo sotto-principio in tema di scriminanti si manifesta, dunque, nel potenziale effetto escludente che può svolgere rispetto all'antigiuridicità di una aggressione o situazione di pericolo. Ciò capita, ad esempio, nei casi in cui il titolare considera che esse sono innocue o financo più favorevoli dalla prospettiva dei suoi interessi. L'effetto dell'autodefinizione degli interessi propri va pertanto oltre il rispettivo titolare. La cd. libertà di organizzazione ha il potere, se così decide il titolare, di escludere l'attuazione del cd. principio di responsabilità, ovvero il principio che serve a giustificare dogmaticamente — secondo quest'impostazione — gli istituti della legittima difesa e il cd. stato di necessità difensivo<sup>13</sup>. Ma non solo. In base all'idea dell'autodefinizione degli interessi propri può anche venire eventualmente esclusa la legittimità dell'azione di salvaguardia che a favore del rispettivo titolare della sfera di autonomia esegue un terzo. In effetti, nella misura in cui l'autodefinizione soddisfa i requisiti ai quali è sottoposta — cioè che essa sia «responsabile» e che riguardi interessi veramente propri —, essa, in linea di

<sup>11</sup> *Op. cit.*, pp. 49 e ss. Siffatta trilogia è stata spiegata da G. JAKOBS, *Derecho penal*, cit., p. 421-422 a proposito della discussione sui principi ispiratori in tema di scriminanti e, in particolare, come un approccio all'interno delle cd. «teorie pluralistiche».

<sup>12</sup> In base ad una specifica impostazione di questo «sotto-principio» — che ben potrebbe essere denominata «radicale» —, la teoria del bene giuridico sarebbe tutt'altro che un strumento utile per contenere gli eventuali eccessi del legislatore, come ritiene, secondo vedremo più avanti, M. PAWLAK, *Ciudadanía*, cit., p. 36-38. Si veda, *infra*, §3. 3.1.

<sup>13</sup> Occorre ribadire che secondo quest'impostazione il sistema di cause di giustificazione derivate dalla necessità non sarebbe bipartito, bensì tripartito. Il criterio elementare per distinguere già non solo tra stato di necessità e legittima difesa, ma tra stato di necessità aggressivo, stato di necessità difensivo e legittima difesa risiede, per l'appunto, nel modo in cui il cd. principio di responsabilità è stato violato da colui che subisce le conseguenze della scriminante di cui si tratta. Nel caso della legittima difesa tale principio è stato oggettivamente e soggettivamente trasgredito dall'aggressore; nello stato di necessità difensivo la situazione è solo in qualche modo — ma quantomeno non soggettivamente — riconducibile a colui che subisce finalmente la reazione; nello stato di necessità aggressivo, infine, il soggetto terzo è completamente estraneo al quadro necessitato. Si veda, comunque, *supra*, Introduzione, § 3. 3.2.

massima, può escludere la legittimità della salvaguardia che, in quanto *facoltà* (non in quanto *dovere*, nel qual caso vigono altre regole), svolge un terzo a favore del soggetto necessitato. In questi termini, la legittimità della facoltà di salvaguardia altrui — il cd. «soccorso necessario» — dipende dall'autodefinizione degli interessi eseguita dal necessitato, la quale deve manifestarsi mediante atti concludenti<sup>14</sup>.

Nei casi in cui non vi siano soggetti terzi che potrebbero, in linea de massima, intervenire a favore del soggetto necessitato e, inoltre, esso decida di non agire di fronte alla situazione necessitante, l'autodefinizione degli interessi propri si apprezza in tutta la sua portata. Nonostante il fatto che questo sotto-principio si manifesta più chiaramente in tema di consenso — sia esso esplicito o presunto —, il fatto che lo stato di necessità giustificante aggressivo sia, innanzitutto, una facoltà e non un dovere, dimostra che l'autodefinizione implica la possibilità che avvalendosi di tale autodefinizione il soggetto necessitato rinunci a farne uso<sup>15</sup>.

b) Per quanto riguarda il cd. principio di responsabilità per il proprio comportamento organizzatore, occorre subito anticipare che esso non incide in tema di stato di necessità aggressivo. Per contro, esso rileva a proposito della legittima difesa e dello stato di

---

<sup>14</sup> Questa regola muta allorché il soggetto necessitato, nonostante l'aver rifiutato l'aiuto esterno non imposto da un dovere di tutela attiva, rimane ulteriormente indifeso e in pericolo incontrovertibile e grave. In questi casi colui che aveva *in primis* solo una facoltà di soccorrere acquisisce — secondo una parte prevalente della dottrina — la qualità di soggetto *obbligato* per motivi di solidarietà. Cfr. F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 197-198. Secondo un settore della dottrina cilena, la fattispecie di omissione di soccorso (che, tra l'altro, costituisce solo una contravvenzione, articolo 494 N° 14 c.p.) si baserebbe proprio sulla idea della «preservazione e promozione della solidarietà umana e non, invece, sull'idea della conservazione della vita e delle condizioni fisiche dell'esistenza dell'individuo». Così, ad esempio, S. POLITOFF LIFSCHITZ, J. BUSTOS RAMÍREZ, F. GRISOLÍA CORBATÓN, *Derecho penal. Parte especial (Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas)*, Santiago del Cile, 1992, pp. 282-283. Si veda anche, M. GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte especial*, Santiago del Cile, 1998, p. 243. Presso la dottrina italiana, la cui disciplina, all'opposto, attribuisce alla fattispecie (articolo 593 c.p.) lo *status* di reato, il quadro di opinioni non è sostanzialmente diverso. Si veda, tra gli altri, U. GIULIANI, *op. cit.*, p. 23, secondo cui sarebbe ovvio che i doveri di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 Cost., implicano «l'obbligo di soccorrere il pericolante»; più cauti, invece, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2005, pp. 161-162 (pp. 168-184), secondo il quale, nonostante riconoscere che «i delitti di omissione di soccorso (...) sanzionano il *minimun* di solidarietà umana» sostiene che «l'esclusione dell'obbligo del soccorso dal novero dei doveri costituzionali non implica, di per sé, l'illegittimità dell'incriminazione della relativa omissione. E ciò perché (...) in campo omissivo il criterio limite della legittimità non è tanto o soltanto l'aggancio della fattispecie omissiva ai doveri di solidarietà esplicitamente sanciti dalla Cost., ma piuttosto o, comunque, la funzionalità di essa alla tutela di un «valore costituzionale», che nella specie sono i beni-fini primari della vita e incolumità»; e A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993, pp. 21 e ss., secondo cui, nonostante sia vero che presso la dottrina italiana il reato «resta pericolosamente in bilico tra la dimensione della *lesione ai beni giuridici* della vita e della incolumità personale e quella della *violazione del dovere etico di solidarietà*», ritiene finalmente che il bene giuridico leso in questo reato consiste nel «*diritto dei pericolanti all'assistenza da parte dei consociati che si trovano in condizione di potere offrire tale assistenza*» (pp. 24 e 26, il corsivo è suo).

<sup>15</sup> Cfr. F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 49-53 e 194-195.

necessità difensivo. In entrambi gli istituti, infatti, il motivo per cui un dato soggetto deve sopportare la difesa o l'azione necessitata, risiede, per l'appunto, nella sua responsabilità — in senso lato — rispetto all'origine della situazione di cui trattasi (cioè l'aggressione, il male o il pericolo, rispettivamente).

Nel caso della legittima difesa, il comportamento organizzatore dell'aggressore crea pericoli «pienamente imputabili» che minacciano altre sfere organizzative autonome. È proprio ciò che sta alla base del dovere di tolleranza. Dalla prospettiva del soggetto aggredito, invece, ciò che giustifica la sua facoltà di difesa risiede nel ripristino della propria libertà organizzativa di fronte a qualsiasi aggressione antigiuridica che rompe lo *status quo ante*, vale a dire la separazione tra sfere autonome.

Per quanto riguarda lo stato di necessità difensivo, il comportamento organizzatore di un determinato soggetto crea dei pericoli nei confronti di terzi che gli sono oggettivamente (ma non pienamente) imputabili. Non, quantomeno, a titolo di dolo. Il fatto che i pericoli che minacciano soggetti terzi provengano dalla sua sfera organizzativa, essendogli quindi oggettivamente imputabili, impedisce, però, che il soggetto rimanga sottoposto alla responsabilità «completa» che deriva dal sistema di comandi e divieti, ma contemporaneamente consente di affermare che egli occupa una posizione di responsabilità «preferente» rispetto al resto dei membri della comunità, assolutamente estranei alla situazione necessitante<sup>16</sup>. Siccome non è pienamente responsabile dal pericolo, ma neanche completamente estraneo al medesimo, bensì solo «preferibilmente» competente, rimane sottoposto, per così dire, ad un regime di responsabilità «intermedia». Da questa prospettiva, ciò significa che il dovere di tolleranza del soggetto «preferibilmente» responsabile del pericolo viene modulato — s'intende, rispetto alla facoltà di agire da parte del soggetto necessitato — per il principio di solidarietà generale intersoggettiva. Detto altrimenti: la facoltà che ha il soggetto necessitato di ripristinare la sua libertà organizzativa di fronte al soggetto preferibilmente responsabile dalla fonte di pericolo, viene limitata dal principio di solidarietà generale intersoggettiva.

---

<sup>16</sup> In lingua italiana, sul cd. stato di necessità difensivo, si veda l'istruttiva sintesi fatta da C. ROXIN, *Lo stato di necessità difensivo provocato dall'uomo*, cit., pp. 297-330, in cui svolge, a nostro parere, il problema più delicato di questo istituto: cioè se esso gode, in quanto scriminante, di autonomia dogmatica oppure consiste semplicemente nell'esito di un'applicazione analogica della legittima difesa, dibattito particolarmente interessante a proposito del caso dell'uccisione del cd. «padre-padrone».

Come abbiamo anticipato, nello stato di necessità aggressivo colui che subisce le conseguenze è completamente estraneo al quadro necessitante. Quindi, in tal caso non si può dire che si configuri una violazione del principio in esame. In base a quest'impostazione, dunque, il rispettivo dovere di tolleranza — oppure, da un'altra prospettiva, il divieto di reagire contro l'azione necessaria — non si può basare, diversamente da quanto accade nei casi precedentemente menzionati, sulla violazione del principio di responsabilità per il proprio comportamento organizzatore mette in pericolo soggetti terzi<sup>17</sup>.

c) Infine, il principio di autonomia si completa mediante il sotto-principio della cd. «assunzione personale dei rischi non imputabili a sfere organizzative altrui», la cui moderna denominazione altro non fa che alludere all'antico aforisma del *casum sentit dominus*.

In base a questo sotto-principio, nei casi in cui il male o il pericolo non siano attribuibili alla sfera di qualcun altro, dovrà essere il titolare della sfera in questione a sopportarne le

---

<sup>17</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 60-61. Per la completezza, l'Autore (pp. 56-59) sostiene che il ruolo svolto dal principio in esame ha una più ampia portata, per quanto non si circoscriverebbe solo sul sistema di cause di giustificazione, ma anche sul «sistema di comandi e divieti». In sintesi, esso è composto nel modo seguente: *a*) sistema di *divieti* rivolti allo sviluppo del principio di separazione tra sfere organizzative autonome; *b*) sistema di *comandi* rivolti allo sviluppo del principio di separazione tra sfere organizzative autonome; e *c*) sistema di *comandi* rivolti allo sviluppo del principio di solidarietà tra sfere organizzative autonome oppure allo sviluppo di principi diversi dal principio di responsabilità. All'interno del primo gruppo si includono, in generale, i doveri di non-causazione attiva di fonti di pericolo proprie che implicino rischi contro terzi, la cui violazione potrà essere «piena» o «preferenziale». Sarà piena allorché lo stesso comportamento organizzatore del destinatario del divieto provochi attivamente pericoli contro terzi che gli siano oggettivamente e soggettivamente imputabili. Sarà, invece, preferenziale nei casi in cui tale pericolo sia solo quantomeno oggettivamente — ma non soggettivamente — riconducibile al comportamento organizzatore del destinatario del divieto. Il secondo «sistema», dal canto suo, si riferisce ai casi in cui il principio di separazione tra sfere di autonomia viene violato mediante ingerenze omissive, cioè mediante la non-assicurazione delle fonti di pericolo proprie. Esso, concretamente, si svolge attraverso *a*) i doveri *speciali* di assicurazione attiva delle fonti di pericolo proprie — cioè, i reati di commissione per omissione in cui la funzione di controllo o assicurazione consente affermare una equivalenza piena (materiale e strutturale) con la commissione attiva; e *b*) i doveri *generali* di assicurazione attiva delle fonti di pericolo proprie. Si pensi al caso della vittima di un incidente provocato per chi ha ommesso il soccorso dovuto e che è rimasto, proprio per quello, obbligato alla salvaguardia per motivi di responsabilità per il proprio comportamento organizzatore e per motivi di solidarietà). Infine, il terzo «sistema» comprende tutti i comandi la cui base non si trova sul principio della responsabilità per il proprio comportamento organizzatore. Non vi è un comportamento organizzatore che origini dei pericoli contro sfere di autonomia altrui. Non vi è — detto in altre parole — una ingerenza attiva o omissiva rispetto ad altre sfere di autonomia. La responsabilità del destinatario della norma deriva dal fatto che in certe situazioni di necessità il sistema normativo impone una funzione di tutela attiva per motivi di solidarietà (o altre buone ragioni). Ebbene, secondo Baldó Lavilla, questo terzo sistema si struttura nel modo seguente: *a*) doveri *speciali* di tutela attiva degli interessi del soggetto necessitato di fronte a fonti di pericolo «altrui» (omissione impropria); e *b*) doveri *generali* di tutela attiva a favore del soggetto necessitato (si pensi all'omissione di soccorso ex articolo 593 del c.p. italiano). Critico rispetto alla *summa divisio* tra mandati e divieti, di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, p. 72, richiamando il § 38 della filosofia del diritto di Hegel.

conseguenze. Si pensi, di nuovo, ai rischi naturali o ai pericoli prodotti dalla sfera del soggetto che subisce le conseguenze ma che non suppongono un superamento del rischio consentito o socialmente adeguato.

In un certo modo, questo sotto-principio viene a chiudere il cerchio. In effetti, se, da un lato, al titolare della sfera di autonomia si concede un'ampia libertà nella organizzazione di essa — venendo questa limitata solo nei casi in cui dalla rispettiva organizzazione derivino pericoli che mettano a rischio le sfere di autonomia altrui —, dall'altro lato, allorché un pericolo non sia riconducibile a nessun'altra sfera di autonomia, deve prevalere la libertà organizzativa degli altri membri del corpo sociale.

Dalla prospettiva del necessitato ciò significa che dovrà essere lui a sopportare le conseguenze della situazione necessitante. Ciò, secondo quest'impostazione, non sarebbe che un corollario dell'idea fondamentale della separazione tra sfere organizzative autonome<sup>18</sup>. In altri termini: se il diritto assume come prima missione la garanzia ad ogni persona di uno spazio nel quale essa possa organizzarsi liberamente, il presupposto fondamentale per poter garantire la separazione tra sfere di autonomia consiste nel fatto che ogni persona sia responsabile di evitare che dalla propria sfera scaturiscano pregiudizi contro gli interessi giuridicamente tutelati degli altri individui (*neminem ledere*). Ma significa anche che, in linea di massima, i pericoli o i mali non imputabili devono essere affrontati dalla stessa persona su cui pesano, senza che sia possibile imputare a terzi soggetti il male immeritato (*casum sentit dominus*)<sup>19</sup>.

Tuttavia — conclude Baldó — l'idea fondamentale della separazione tra sfere organizzative autonome non sarà l'unica ad apportare dei criteri assiologici idonei a coordinare posizioni soggettive in potenziale contrasto. Ciò è viene confermato anche da uno sguardo superficiale a diversi ordinamenti giuridici — tra cui, di certo, quello italiano e quello cileno — che disciplinano istituti nei quali questo assunto viene sospeso o quantomeno modulato. Il paradigma in tal senso è probabilmente rappresentato dallo stato di necessità aggressivo. Sotto questo profilo, in effetti, sulla premessa della separazione giuridica tra sfere organizzative autonome opererebbe l'altresì basilare idea della solidarietà

<sup>18</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 61-63 e 169-170.

<sup>19</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, p. 67; R. ROBLES PLANAS, *En los límites de la justificación*, cit., p. 448; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva*, cit., pp. 33-34. I. COCA VILA, *La colisión entre razones*, cit., pp. 16-17.

intersoggettiva<sup>20</sup>. In questi termini, dal principio di solidarietà emerge la facoltà di spostare i mali a discapito di soggetti che unicamente condividano con il soggetto necessitato l'appartenenza ad una stessa comunità giuridica<sup>21</sup>. Contrariamente a quanto si potrebbe presupporre, la ripartizione e separazione in sfere di competenze non è di per sé orientata a legittimare condotte antisolidaristiche, ma piuttosto a implementare una relazione di riconoscimento reciproco nei rapporti tra Stato e cittadino<sup>22</sup>.

L'importanza del *casum sentit dominus* — e, in particolare, il ruolo che svolge in tema di stato di necessità aggressivo — risiede nel fatto che, allorquando non vi sia nessun soggetto responsabile per l'origine del pericolo minatorio, ciò impone fondare la facoltà di salvaguarda inerente alla scriminante sui criteri diversi dalla responsabilità per il proprio comportamento organizzatore. È proprio in questo modo che viene considerata la solidarietà in quanto fondamento del dovere di tolleranza che spetta al terzo estraneo<sup>23</sup>. Ma non solo. La nozione di solidarietà — del cui contenuto e portata specifica tratteremo in seguito — oltre a vincolare le diverse sfere di autonomia che intervengono nel quadro necessitante, consente di spiegare l'istituto non solo dalla prospettiva del «terzo innocente», ma anche dalla prospettiva del soggetto necessitato. Nella misura in cui l'interesse salvaguardato prevalga considerabilmente sull'interesse sacrificato, l'ordinamento giuridico conferisce a quest'ultimo la possibilità di risolvere la situazione facendo appello alla solidarietà altrui<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>21</sup> Così, di recente, I. COCA VILA, *La colisión entre razones*, cit., p. 17.

<sup>22</sup> Così, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, p. 272, secondo cui tale ripartizione sarebbe una «regola di ottimizzazione di un principio fondamentale e generalissimo».

<sup>23</sup> Così, tra gli altri, R. ROBLES PLANAS, *Deberes de solidaridad*, in *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 94. Va detto, però, che l'Autore fa riferimento alla solidarietà concepita in un senso «intersoggettivo», vale a dire, come un obbligo che emerge al di là della eventuale previsione di obblighi da parte delle istituzioni statali.

<sup>24</sup> F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, p. 97. Che il «terzo innocente» sia completamente estraneo al quadro necessitante spiega il fatto che la differenza tra l'interesse protetto e l'interesse sacrificato sia, per così dire, più esigente in confronto alla legittima difesa e allo stato di necessità difensivo. In quest'ultima ipotesi, poiché il pericolo emerge «in qualche modo» dalla sfera di autonomia di colui che subisce le conseguenze, l'azione necessitata sarà giustificata anche se la differenza tra gli interessi in conflitto non è così sproporzionata. Sul punto si veda lo schema analitico di A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Necesidad justificante y solidaridad*, cit., p. 221. Per quanto riguarda la legittima difesa, come di recente sottolinea J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 68, tra essa e lo stato di necessità aggressivo — entrambe le estremità di questo sistema tripartito — si verificherebbe una sorta di «rapporto asimmetrico di restrizione reciproca». Vale a dire: mentre nella legittima difesa l'azione di difesa è *lievemente* limitata da considerazioni di solidarietà, nello stato di necessità aggressivo l'azione necessaria è *fortemente* ristretta da considerazioni legate al rispetto dell'autonomia formale.



1.3. Alla luce di quanto detto finora, è chiaro che sia la nozione di autonomia quanto l'intensità con cui viene riconosciuta all'interno di un determinato ordinamento giuridico dipendono, in fin dei conti, dalla concezione ideologica che assuma lo Stato di cui trattasi<sup>25</sup>. Un determinato Stato può, infatti, svolgere un ruolo più o meno facilitatore al momento di concretizzare lo sviluppo della autonomia dei cittadini. Il fatto che sia relativamente incontestabile che essa si sviluppa in modo più forte negli stati che mettono a disposizione dei singoli delle istituzioni che consentono la loro socializzazione, istruzione e l'ulteriore libera realizzazione collettiva, dimostra il legame dell'autonomia con l'assunto politico che ne è alla base.

Lo stesso si può affermare — ora da una prospettiva «strettamente» giuridica e penale — rispetto al modo in cui vengono riconosciuti e tutelati certi beni giuridici. In altre parole: il diritto penale assicura ambiti di autonomia tramite la tutela di certi beni giuridici. La vita, l'integrità fisica, la libertà di movimento, la proprietà, e via dicendo, sono protette di fronte a violazioni non consentite eseguite da terzi. In tali termini, dunque, la concessione di ambiti di autonomia formalizzati legittima i divieti (o i comandi) che lo stato di necessità aggressivo — e le scriminanti in generale — è in grado di eludere<sup>26</sup>.

1.4. Dopo questa descrizione del concetto di autonomia e del modo in cui esso rileva in materia di stato di necessità, occorre individuare i tratti fondamentali della solidarietà in quanto fondamento della scriminante.

Si tratta di un aspetto sul quale torneremo più avanti, ma occorre fin d'ora sottolineare che gli stessi fautori della nozione riconoscono che non è affatto un concetto di agevole definizione<sup>27</sup>. Prima di tutto, non vi sarebbe chiarezza rispetto al tipo di rapporto che si instaura tra il concetto di solidarietà e le diverse manifestazioni giuridiche di essa. In particolare, non è chiaro se certi doveri giuridici devono fondarsi con l'aiuto del concetto di

<sup>25</sup> Sul rapporto tra diritto penale e le diverse concezioni politiche nel corso della storia e il modo in cui queste incidono nel maggior o minore spazio di autonomia individuale, si vedano già gli interessanti spunti di G. BETTIOL, *Diritto penale e politica*, cit., pp. 35-52.

<sup>26</sup> In un senso analogo, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit. pp. 69-70.

<sup>27</sup> Così, tra gli altri, M. PAWLIK, *Solidaridad*, cit., p. 228, in cui avverte addirittura il carattere «non scientifico» del concetto; A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Solidaridad en el tráfico motorizado*, cit., p. 194. In altri ambiti giuridici, in cui il concetto avrebbe una portata ancora più intensa — si pensi, ad esempio, nel diritto della sicurezza sociale —, si verificherebbe la stessa mancanza di chiarezza. Così, W. FRISCH, *op. cit.*, p. 6, nota 18. Sui rapporti tra solidarietà e alcune delle istituzioni classiche del diritto civile — proprietà, responsabilità, contratto —, si veda S. RODOTÀ, *Solidarietà. Una utopia necessaria*, Bari, 2014, p. 45 e bibliografia *ivi* citata.

solidarietà oppure con l'aiuto di un concetto pre-giuridico di carattere etico. Non è chiaro neppure se mediante il diritto si deve raggiungere uno stato o una condotta che, quantomeno dal punto di vista esterno, sia conforme con la solidarietà in quanto principio etico. In definitiva: non si individua con certezza il posto occupato dal principio di solidarietà in relazione ad alcune manifestazioni giuridiche (doveri)<sup>28</sup>.

A ciò si aggiunge, d'altronde, che neanche all'interno di questa specifica prospettiva vi è una concezione univoca sui contorni della solidarietà. Nel migliore dei casi si può appena affermare che le diverse concezioni della solidarietà in quanto fondamento dello stato di necessità aggressivo coincidono nel loro punto di partenza, ma si distanziano al momento di spiegare il modo in cui la solidarietà rende accettabile che in certi casi la logica «normale» del diritto — il rispetto delle sfere di autonomia altrui — venga sospesa.

Per quanto riguarda il primo aspetto abbiamo già fatto qualche cenno. Considerando la preminenza che sotto questo profilo il diritto attribuisce al principio di autonomia, tutte queste teorie coincidono sul fatto che la solidarietà fa diventare lo stato di necessità (aggressivo) una figura giuridicamente eterodossa. Dal momento che legittima l'alterazione del dogma dell'intangibilità delle sfere di autonomia, la scriminante si collocherebbe al di fuori del compito attribuito al diritto<sup>29</sup>.

Per contro, per quanto concerne il secondo aspetto le diverse teorie differiscono tra loro. Tentando di sistematizzare le diverse impostazioni che si avvertono nell'ingente bibliografia prodotta negli ultimi anni da parte della dottrina tedesca — che, occorre anticiparlo, è stata assunta entusiasticamente da un settore importante della dottrina in lingua spagnola — è comunque possibile distinguere tre indirizzi: le teorie valoriali-positive (anche dette «decisionistiche»), le teorie contrattualistiche e, infine, le teorie comunitarie o istituzionalistiche<sup>30</sup>.

a) Le prime ritengono che la solidarietà rappresenti una mera decisione presa dall'ordinamento giuridico. Essa esprime un modo di valutazione di certi stati di cose la cui fondatezza è data solo in parte dalla sua immanente bontà assiologica, ma che si svolge nella sua interezza solo una volta che sia stata positivizzata. In questi termini, pertanto, la

<sup>28</sup> Cfr. W. FRISCH, *op. cit.*, p. 6.

<sup>29</sup> Così, di recente, I. COCA VILA, *La colisión de deberes*, cit., p. 242; J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, pp. 77 e 559 e ss.

<sup>30</sup> Cfr. J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., pp. 78 e ss.

solidarietà non sarebbe altro che una decisione valoriale che non si può dedurre da nessun altro principio<sup>31</sup>.

Come si può intuire, il principale ostacolo ad una concezione di questo genere risiede nella sempiterna mancanza di chiarezza rispetto a ciò che deve essere valutato positivamente. Infatti, sotto questo profilo, la solidarietà ben potrebbe riferirsi a due cose, anche se collegate, contemporaneamente diverse. Così, da un lato, la solidarietà potrebbe consistere nello stato di cose il cui conseguimento dipende dall'imposizione di obblighi basati per l'appunto su motivi di solidarietà e che giustificerebbe l'imposizione degli stessi obblighi; ma potrebbe fare riferimento anche all'obbligo stesso, nel qual caso il discorso sulla sua fondatezza diventerebbe circolare.

Ora, sia la mancanza di chiarezza rispetto al cd. «stato di cose auspicabile» sia la struttura circolare dei motivi che fonderebbero gli obblighi di solidarietà sono irrilevanti se si considera che sotto quest'impostazione tutto questo discorso si riconduce, tutto sommato, ad una questione di decisioni legislative rivolte alla costruzione di un modello di società, per astratta che essa sia<sup>32</sup>.

Ma non è l'unica difficoltà che deve affrontare questo approccio. Nei cd. stati sociali — all'interno dei quali questa dottrina ebbe un successo che finì con il loro declino a partire dagli anni novanta —, l'analisi rivolta ad accertare se a partire dalle loro caratteristiche si può spiegare dogmaticamente lo stato di necessità, è particolarmente complessa. La qualifica di «sociale» o persino «solidale» di uno Stato richiede una valutazione complessiva se non di tutte, almeno di quelle istituzioni in cui la relazione Stato-cittadino diventa più intensa, la cui individuazione, del resto, è politicamente contingente<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Così, presso la dottrina tedesca, J. RENZIOWSKI, *Notstand und Notwehr*, Berlino, 1994, p. 197. Nella dottrina in spagnolo, spiega in questi termini quest'impostazione, di recente, J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., pp. 77-78; ID., *El fundamento*, cit., pp. 234-235.

<sup>32</sup> J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 79; ID., *El fundamento*, cit., p. 235.

<sup>33</sup> Come correttamente afferma J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva*, cit., p. 34, nota 33, «muovendo da un dato quadro giuridico (mettiamo, lo Stato sociale) esiste un rapporto inverso tra la densità istituzionale esistente e il ruolo svolto dalla «quasi-istituzione» dello stato di necessità aggressivo». Più avanti verrà spiegato perché l'Autore ritiene la scriminante (*rectius*: il dovere di tolleranza) una quasi-istituzione. La crisi del cd. Stato sociale diventa inequivocabilmente palpabile negli anni novanta, ma il processo di erosione di esso risale agli anni settanta, come sottolinea di recente G. PISARELLO, *Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación*, in *Revista de Estudios Sociales*, N° 46, 2013, p. 93.

Per questa ragione — e su questo torneremo *infra*<sup>34</sup> —, il fatto che la Costituzione italiana preveda tra i suoi principi fondamentali i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (articolo 2 Cost.) non è affatto una prova conclusiva a favore di una eventuale impostazione «solidaristicamente orientata» dell'articolo 54 c.p.<sup>35</sup>. Per quanto riguarda il Cile, il solo fatto che dall'insieme di disposizioni della sua Costituzione — sulla cui opinabile legittimità di origine è, per i nostri fini, irrilevante pronunciarsi — risulti impossibile considerarlo uno Stato sociale solidaristico, fa diventare sterile qualsiasi tentativo di fondatezza dello stato di necessità a partire da questa prospettiva<sup>36</sup>.

b) In secondo luogo, vi sono le cd. «teorie contrattualistiche della solidarietà», la cui ascesa coincide con la crisi dello Stato sociale.

Un aspetto va chiarito fin da subito. L'etichetta «contrattualistiche» è impiegata in un senso ben specifico. Essa non riguarda, almeno non direttamente, il cd. «contrattualismo classico» che difesero Hobbes, Kant o Rousseau<sup>37</sup>. Queste teorie non cercano di giustificare

<sup>34</sup> Si veda, *infra*, cap. III.

<sup>35</sup> Usiamo, in effetti, l'aggettivo *eventuale*, perché — per quanto sappiamo — nella dottrina italiana non vi sono posizioni in merito che stabiliscano un rapporto diretto tra entrambe le norme. Tuttavia, una eccezione proprio in tale direzione, anche se non ulteriormente approfondita nella sua portata, si trova in E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., pp. 154-156 e 216. Probabilmente ciò si spiega con il fatto che la discussione italiana continua ad essere al problema del carattere giustificante o scusante del articolo 54 c.p. Per quanto riguarda la discussione a proposito del articolo 54 c.p. italiano, si veda *infra*, cap. III, § 2.

<sup>36</sup> Così, per quanto riguarda il caso cileno, J. WILENMANN VON BERNATH, *El fundamento*, cit., p. 236. Sull'origine e impalcatura politica della Costituzione ancora vigente, che delineò la struttura attuale dello Stato cileno, si veda, tra gli altri, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)*, in *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 12, 1994, pp. 177-179. Più ottimista rispetto al presunto carattere non-solidarista dello Stato cileno A. QUINTANA BENAVIDES, *El principio de solidaridad en la Constitución*, in *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2/3, 1993, pp. 635-638. È interessante notare, tuttavia, che quest'impostazione impone *necessariamente* di affrontare lo studio della scriminante da un metodo ermeneutico. Ci riferiamo, come è noto, al cd. «metodo sistematico», secondo il quale l'interpretazione di un dato precetto deve considerare l'insieme dell'ordinamento al quale essa appartiene. Questo metodo — che, tra l'altro, fu il prediletto della cd. giurisprudenza dei concetti —, muove dalla premessa che tutti gli istituti e regole di diritto compongono una unità, un organismo naturale, nel quale certi elementi sono connessi con altri e ricevono di questi ultimi il loro senso. La principale obiezione rivolta a questo metodo consiste nella sopravvalutazione della pretesa «logicità» del diritto, il che comporta tralasciare che esso è, innanzitutto, un fenomeno culturale, cioè un prodotto umano e, quindi, imperfetto. Su questo metodo e il contesto storico in cui ebbe successo, si veda M. DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, *División y fuentes*, cit., pp. 150-151.

<sup>37</sup> Tuttavia, come vedremo, i punti di contatto, per così dire, dal punto di vista «argomentativo-strutturale» sono evidenti. A partire dal XVIII secolo, con l'espansione delle correnti Illuministiche e la teoria del contratto sociale, s'ebbe consapevolezza che il diritto penale non poteva che concepirsi come uno strumento indispensabile per la conservazione dell'associazione politica volutamente creata dagli uomini per assicurarsi a vicenda le loro sfere di libertà e utilità. Come correttamente sottolinea G. BETTIOL, *Diritto penale e politica*, cit., pp. 35-38, i principali problemi di tali concezioni riguardarono, da un lato, il fatto che ridussero il valore individuale a ciò che si considera *utile*, cioè solo ad una parte dell'esigenze della personalità umana; e, dall'altro, la loro accettazione della pena di morte (Beccaria, Rousseau), il che comportava — se è coerente

la scriminante a partire dai motivi che legittimano razionalmente il potere dello Stato né, da un'altra prospettiva, i motivi che giustificano le restrizioni alle libertà individuali a favore della collettività. La denominazione si riferisce piuttosto al cd. «New Contractarianism», il quale — sulla scia di John Rawls — ricorre all'idea del contratto con lo scopo di fondare i principi specifici che stanno alla base sia delle condotte giuste, sia delle istituzioni che vi sono all'interno di strutture sociali ritenute giuste<sup>38</sup>.

Questa teoria ebbe successo a partire dalla crisi dello Stato sociale, il che rende comprensibile — tra le altre cose — perché sia stata accolta in quei contesti politici e culturali che, benché non neghino del tutto un ruolo solidaristico da parte dello Stato, rifiutano che esso si svolga in termini assoluti. In altre parole: lo stato di necessità non sarebbe inserito all'interno di uno Stato che fornisce servizi o provvidenze di portata universale, ma solo all'interno di una struttura sociale che prevede solo certi obblighi specifici di solidarietà.

Lo Stato smette di assumere un «compromesso vincolante» nei confronti della solidarietà, il che spiega come gli obblighi giuridici da essa ispirati — tra cui il dovere di tolleranza che spetta al terzo innocente — non siano espressione di una decisione diretta a concretizzare valori politici astratti, quanto piuttosto una sorta di «investimento» da parte di coloro che sono obbligati a sopportare l'invasione esterna nella loro sfera di autonomia<sup>39</sup>.

Quest'idea richiede di una spiegazione ulteriore.

La solidarietà non sarebbe l'espressione di un atteggiamento morale, bensì il motivo e la conseguenza di una scelta di cooperazione razionalmente motivata<sup>40</sup>. Sotto questo profilo, dunque, lo stato di necessità costituirebbe un istituto sulla cui base vi è, per così dire, un «accordo razionale sulla gestione di pericoli». Vista l'impossibilità di sapere in anticipo chi si troverà in futuro in una situazione necessitante (dalla quale, occorre ricordarlo, solo si possa *sottrarsi* sacrificando beni giuridici altrui), la scriminante si legittimerebbe in quanto espressione di una scelta razionale dei singoli rivolta ad accettare che altri soggetti superino

---

— che il diritto penale non sarebbe neanche possibile, poiché i singoli non acconsentirebbero mai la loro propria negazione.

<sup>38</sup> R. MERKEL, *op. cit.*, pp. 196-197.

<sup>39</sup> R. MERKEL, *op. cit.*, p. 198; J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 79.

<sup>40</sup> R. MERKEL, *op. cit.*, p. 198.

la loro necessità mediante l'invasione nella propria sfera di autonomia<sup>41</sup>. In sintesi: «siccome non so se un domani possa essere io il soggetto coinvolto in una situazione di necessità, ha senso che permetta che altri soggetti, *attualmente* in pericolo, possano salvarsi a mie spese»<sup>42</sup>.

Da questa la premessa, lo stato di necessità si giustificerebbe nello stesso modo del contratto di assicurazione. Entrambe condividerebbero la medesima struttura. Ovvero, il contributo attuale che consiste nel lasciare che altri invadano la mia sfera di autonomia è certamente un onere, ma è proprio quello che consente che in futuro possa legittimamente invadere sfere di autonomia altrui per evitare, compensare o ridurre la produzione di danni alla mia persona ancora maggiori.

In base a questa logica, nella ricerca di un motivo che renda sostenibile tale l'invasione, vengono presi in considerazione non solo gli interessi dei soggetti necessitati, ma anche gli interessi propri — cioè gli interessi del soggetto che subisce gli effetti dell'azione necessaria ma che un domani potrebbe aver bisogno d'invadere una sfera altrui —. Questa prospettiva — se si vuole, più «terrena» — consente di superare l'eccessiva astrazione che caratterizza i modelli di tipo decisionistico.

Ma non solo. Proprio perché si considerano anche gli interessi del soggetto che subisce le conseguenze dell'azione necessaria, lo stato di necessità diventa un istituto inequivocabilmente bilaterale, superando in questo modo la critica che viene mossa al presunto collettivismo che contraddistinguerebbe il principio dell'interesse prevalente<sup>43</sup>. Secondo quest'impostazione, infatti, tale collettivismo è criticabile non solo da un punto di vista teorico, ma anche a livello empirico. Concretamente, il richiamo all'interesse della generalità non sarebbe altro che una finzione. Dal momento in cui i membri di una data comunità solitamente non hanno la minima idea del conflitto che si sta sviluppando<sup>44</sup>,

---

<sup>41</sup> Cioè, una specie di «velo dell'ignoranza», per dirla con nota metafora di J. RAWLS, *op. cit.*, p. 142. Richiamando Rawls, R. MERKEL, *op. cit.*, p. 198; M. PAWLIK, *La solidaridad*, cit., p. 234; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad*, cit., p. 32.

<sup>42</sup> Questa tesi è stata assunta con entusiasmo presso la dottrina inglese. Gli obblighi di solidarietà, cioè l'insieme di norme raggruppate sotto il cd. principio del *easy rescue*, si giustificerebbero perché, in questo modo, il singolo, nella conoscenza di questi istituti — dovere di soccorso, dovere di tolleranza — può organizzare meglio le sue attività, aumentando così la sua libertà. Si veda, D. VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Madrid, 2005, pp. 108-109.

<sup>43</sup> J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, p. 80.

<sup>44</sup> Come acutamente sostiene J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Sobre situaciones de necesidad*, cit., p. 222, nota 5, in questi casi, *stricto sensu*, non vi è un «conflitto» vero e proprio, bensì solo una situazione di pericolo che

rimangono completamente indifferenti rispetto all'esito finale del medesimo, per cui l'aspetto comunitario o collettivo del bene giuridico salvaguardato sarebbe assolutamente impercettibile<sup>45</sup>. Va detto, però, che per questa corrente di pensiero non è esclusa la possibilità che, dalla salvaguardia dell'interesse di cui si tratti, derivi di fatto una effettiva utilità sociale, solo che essa non ha nessuna incidenza in quanto «fondamento», bensì solo in termini di mera conseguenza o effetto<sup>46</sup>.

Nonostante l'apparente coerenza interna di questo approccio, esso è criticabile da due punti di vista.

In primo luogo, prendendo alla lettera questa impostazione non risulta chiaro che il soggetto che non adempie il dovere di tolleranza commette un illecito. I motivi di «prudenza» che depongono a favore della disciplina dello stato di necessità — nel senso che sarebbe *prudente* partecipare a questo accordo di cooperazione reciproca —, possono essere indiscutibilmente consistenti, ma ciò non cambia il fatto che contro il soggetto di cui si spera l'adempimento del dovere non si possa rivolgere un rimprovero in senso forte, bensì, nella migliore delle ipotesi, solo di non avere agito intelligentemente negando la solidarietà che il necessitato sperava<sup>47</sup>.

---

minaccia un bene giuridico determinato. Il conflitto, per contro, insorge solo dalla scelta del soggetto che decide spostare tale pericolo contro la sfera di autonomia che appartiene ad un soggetto terzo, il quale, nel caso dello stato di necessità aggressivo, è completamente innocente.

<sup>45</sup> Tranne, ovviamente, nei casi in cui si tratta *effettivamente* di beni giuridici collettivi. Tuttavia, in tali casi, siccome la tutela spetta allo stato, mancherà sovente la sussidiarietà caratteristica della condotta necessaria. Così, R. MERKEL, *op. cit.*, pp. 193-194 e 201, secondo cui, del resto, è proprio la mancanza di questo sostegno empirico il che rende incompatibile un'interpretazione «utilitaristicamente orientata» del § 34 *StGB* con l'insieme di precetti costituzionali. Siffatta indifferenza non si verifica neanche quando si tratta della salvaguarda della vita, ipotesi in cui il fondamento sarebbe un altro. In un senso analogo, presso la dottrina spagnola, I. COCA VILA, *La colisión de deberes*, cit., pp. 244-255, che afferma: «nel seno del nostro odierno ordinamento giuridico (...) i cittadini non hanno un interesse particolare nel massimizzare l'incremento delle utilità individuali dell'insieme dei membri di una società». Secondo l'Autore si tratterebbe addirittura di un interesse — cioè quello di «conservare e massimizzare in termini generali beni giuridici» — che non avrebbe neanche l'ordinamento giuridico. Altrimenti — sostiene Coca Vila — istituti come la legittima difesa (dove il diritto autorizza la distruzione di beni giuridici superiori nei confronti ai beni salvaguardati) diventerebbero inspiegabili. Infine, oltre ad essere empiricamente insostenibile, il collettivismo della teoria dell'interesse prevalente sarebbe normativamente inaccettabile, per quanto «comporta trasformare il cittadino in usufruttuario di determinati beni giuridici che non gli appartengono, cioè in un mero depositario di beni al servizio della massimizzazione dell'utilità di una concreta società».

<sup>46</sup> Cfr. R. MERKEL, *op. cit.*, p. 199.

<sup>47</sup> Cfr. M. PAWLIK, *Solidaridad*, cit., pp. 234-237. Siccome il mero opporsi a questo «accordo tra soggetti razionali» (*homo calculans*) non è in sé obiettabile, ciò che invece si merita rimprovero è il caso dei soggetti che solo apparentemente acconsentono però che «arrivato il momento di crisi», non compiono con la loro contribuzione di tollerare le ingerenze esterne inerente allo stato di necessità. Ebbene, secondo l'Autore, in tali casi si verificherebbe una violazione del «principio di equità (*Fairnessprinzip*)». Si veda, in particolare,

Tuttavia, il motivo che rende probabilmente ancora più comprensibile il fatto che questa teoria sia guardata con circospezione consiste nell'analogia col contratto di assicurazione. Nei contratti di assicurazione, la logica interna è praticamente la seguente: quanto minore è il rischio da assicurare, tanto più basso diventa il premio che deve pagare l'assicurato. All'opposto, in tema di doveri universali di solidarietà la struttura che si verifica è tutt'altra. Il contributo che ognuno deve fare all'interno di questa sorta di accordo tra soggetti razionali (*homo calculans*) — così come il vantaggio che tutti ottengono da tale accordo — è sostanzialmente collegato al rischio concreto di essere esposto alla necessità, il che dipende, alla fin fine, dalle dimensioni del patrimonio dei membri di questa società di soggetti razionali. Vale a dire: i ricchi hanno meno possibilità di «cadere in disgrazia» — poiché possono comunque mettere mano ai loro beni — e hanno, contemporaneamente, più beni da offrire all'accordo rispetto a coloro che non sono ricchi. La struttura del rapporto costo-beneficio in tema di stato di necessità funziona, pertanto, diversamente dall'assicurazione, giacché il soggetto il cui rischio di necessità è più basso contribuisce, *in abstracto*, in maggior misura rispetto a quelli la cui probabilità di trovarsi in condizione di necessità è più concreta.

c) Infine, vi è il cd. approccio «istituzionale»<sup>48</sup>. Come la prima variante, anche questa teoria muove dall'assunto secondo il quale spetta allo Stato risolvere, *in primis*, le situazioni di emergenza o necessità che coinvolgono i suoi cittadini. L'idea centrale di quest'impostazione si fonda sulla premessa che nello Stato moderno non sembra accettabile che la distribuzione sociale della fortuna e della sfortuna dipenda dalla natura o dal caso. Per contro, spetterebbe allo Stato assumere il compito di correggere siffatta distribuzione, la cui concretizzazione avviene mediante istituzioni pubbliche organizzate a tal fine<sup>49</sup>.

Da questo punto di vista, le istituzioni dello Stato sono ritenute porzioni irrinunciabili del sistema sociale orientate alla stabilizzazione delle condizioni esistenziali fondamentali delle

---

pp. 235 e ss., in cui affronta, benché succintamente, questo problema dalla teoria del contratto sociale di Locke e Hume. In termini analoghi, ma da una prospettiva filosofia politica in cui fanno riferimento al fenomeno dei cd. *free riders*, K. BAYERTZ, *Il concetto e il problema della solidarietà* e M. BAURMANN, *Solidarietà come norma sociale e costituzionale*, entrambi i lavori in K. BAYERTZ, M. BAURMANN, *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà* (a cura e con una introduzione di P.P. PORTINARO), Torino, 2002, pp. 42-43 e p. 58.

<sup>48</sup> Paradigmatico in tale senso, M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, cit., pp. 80 e ss., e 103 e ss.

<sup>49</sup> Cfr. M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, pp. 80 e ss., p. 120; I. COCA VILA, *La colisión de deberes*, cit., pp. 510-511. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva*, cit., p. 34. Critici, invece, A. BOUZAT A. CANTARO, P. NAVARRO, *El fundamento jurídico de un derecho de necesidad*, in *Revista Discusiones*, N° 7, 2007, pp. 139 e ss.



libertà. La loro funzione primordiale consiste, dunque, nell'assicurare o rendere possibile la coesistenza e la reciproca separazione delle distinte sfere di attività dei cittadini. Ovvero: nessuna società potrebbe garantire tale prerogativa facendo solamente affidamento sul corretto esercizio della sfera di libertà dei consociati. Queste istituzioni sono gravate di doveri giuridici positivi, obblighi cioè non già di mera non aggressione nei confronti delle sfere dei cittadini, ma di una prestazione *positiva* di salvaguardia della sfera altrui<sup>50</sup>. L'ordinamento affida ad un soggetto, in via istituzionale, la cura di un interesse collettivo, obbligandolo al dispiegamento di attività a favore del bene stesso, fino a forme giuridicamente obbligate di autoesposizione al rischio, che invece la normale vita dei rapporti giuridici, compartimentata nei limiti descritti dalle sfere di competenza meramente organizzativa, non impone. Vale a dire: mediante la previsione di istituti destinati a tale scopo, si stabiliscono delle competenze rivolte non già a garantire l'autonomia e l'indipendenza delle reciproche sfere riconosciute dall'ordinamento, «ma a salvaguardare quel *livello minimo di solidarietà* indispensabile per la sopravvivenza della società»<sup>51</sup>.

Ebbene, questo obbligo viene effettuato *in primis* dallo Stato e le sue istituzioni, la cui creazione e sostegno dipendono, a loro volta, dall'apporto eseguite da tutti i membri della società. Ciò impone come premessa, dunque, che la necessità non si possa superare mediante l'utilizzo diretto dei beni di un altro cittadino, poiché ciò impedirebbe la conservazione di un ordine astratto di ambiti di autonomia. Il compito di superare le situazioni di necessità è, in linea di massima, obbligo delle istituzioni dello Stato, alle quali i cittadini, dal momento che contribuiscono alla loro creazione e sostegno, possono esigere tali prestazioni, ma non risolverle direttamente.

---

<sup>50</sup> Come giustamente ritiene R. ROBLES PLANAS, *Deberes negativos y deberes positivos en Derecho penal*, en *InDret*, N° 4, 2013, in <http://www.indret.com/pdf/1008.pdf>, 5 settembre 2017, pp. 4-5, la distinzione tra prestazione positive e negative non ha nulla a che vedere con quella, di stampo naturalistico, tra divieti e obblighi. Nello stesso senso, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, p. 260, nota 49. Siffatta distinzione riguarda piuttosto il modo in cui si configura la relazione tra sfere di autonomia. Essa sarà «positiva» se comporta un allungamento degli spazi di libertà dell'altro soggetto; per contro, sarà «negativa», se il dovere comporta solo non pregiudicare la sfera altrui. Per dirla con M. PAWLIK, *Solidaridad*, cit., p. 229, i doveri positivi «non solo generano “sicurezza”, ma anche “benessere”».

<sup>51</sup> Così, presso la dottrina italiana, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, p. 260, il corsivo è suo. Secondo l'Autore, nel contesto italiano il fondamento di legittimità delle competenze istituzionali è rinvenibile nell'articolo 2 Cost., che, come è noto, determina anche il necessario contemperamento tra «inderogabili doveri di solidarietà» e, inoltre, negli articoli 29, 30, 54, 97, 97, comma 2, Cost. che sembrano individuare nella famiglia, nelle pubbliche funzioni dei pubblici ufficiali, e via dicendo, speciali istituzioni deputate a salvaguardare interessi deboli, o di particolare rilievo pubblico.

Il contributo più evidente svolto dai cittadini in questa direzione consiste, come è noto, nel pagamento delle imposte<sup>52</sup>. A ben vedere, tale contribuzione non è altro che un modo di distribuzione del lavoro che rende fattibile che alcuni — le istituzioni dello Stato — si dedichino in modo speciale ed esclusivo a contribuire a superare la necessità<sup>53</sup>.

Tuttavia, può darsi che le istituzioni dello Stato «arrivino tardi»<sup>54</sup>. Dopotutto, a prescindere dalla forma di organizzazione sociale<sup>55</sup>, lo stato di necessità riguarda casi talmente imprevisi che il pagamento delle imposte diventa comunque improduttivo per garantire che le istituzioni della comunità garantiscano la sicurezza di una data sfera di autonomia<sup>56</sup>. Ebbene, è proprio in tale contesto che emergerebbe un «regime residuale di sostegno a vicenda»<sup>57</sup> dal quale scaturiscono i diritti di necessità ed i doveri di tolleranza in quanto «quasi-istituzioni» sussidiarie. Il dovere di tolleranza appare come un dovere quasi-istituzionale dinamico, la cui funzione è contribuire ad assicurare le condizioni reali della libertà giuridica nei casi «limiti» nei quali le misure istituzionali non riescano a risolvere la situazione di necessità dei cittadini<sup>58</sup>. In altri termini: si tratta di un dovere positivo basato su una quasi-istituzione quasi-statale d'incidenza sussidiaria<sup>59</sup>.

Da quanto è stato detto si inferisce che la previsione di obblighi *individuali* di solidarietà — ci riferiamo, in questo caso, al dovere di tolleranza del terzo innocente — venga concepita come una *eccezione* a questo modo di organizzazione istituzionale. E proprio perché si tratta di una eccezione, le situazioni di necessità aggressive impongono doveri di

<sup>52</sup> Cfr. W. FRISCH, *op. cit.*, p. 10; M. PAWLIK, *Solidaridad*, cit., p. 241; ID., *Der rechtfertigende Notstand*, pp. 120 e 180.

<sup>53</sup> J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 81.

<sup>54</sup> J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva*, cit., p. 34.

<sup>55</sup> Secondo M. PAWLIK, *Solidaridad*, cit., p. 240., in quegli ordinamenti (tra cui il tedesco) che hanno una rete ampia e affidabile di istituzioni dedicate a scongiurare il pericolo, l'ingerenza nella sfera altrui diventa talmente eccezionale che non vi sarebbe nulla ad impedire che questi casi fossero penalmente ricondotti alla scusa oppure al momento di misurare la pena inflitta. Per dirla con le sue parole: «lo stato di necessità giustificante aggressivo non appartiene al substrato basilare irrinunciabile di un ordinamento giuridico-penale moderno. Il riconoscimento di questo istituto non costituisce, né tantomeno il suo *non-riconoscimento*, nessun peccato contro lo spirito della libertà».

<sup>56</sup> M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, cit., p. 104; W. FRISCH, *op. cit.*, p. 10. Dalla prospettiva del soggetto necessitato, nonostante l'erronea restrizione dell'istituto ai casi in cui vi è un rischio per la vita, questo tratto fu già sottolineato da V. MANZINI, *op. cit.*, p. 431-432, secondo cui «detta facoltà, per il diritto vigente, è data al privato in quei casi in cui lo Stato non può intervenire tempestivamente con la sua funzione di *pubblica assistenza* perché l'urgenza del pericolo non lo consente, e però non punisce il privato che provvede da sé stesso, anche con fatti che la legge prevede come reati, a salvare sé o altri, cioè riconosce la libera esplicazione dell'istituto di conservazione».

<sup>57</sup> M. PAWLIK, *Solidaridad*, cit., p. 228.

<sup>58</sup> M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, pp. 103 e 112.

<sup>59</sup> Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva*, cit., p. 34.

solidarietà *minima*, ovvero di doveri che si traducono nella giustificazione d'intromissioni molto limitate<sup>60</sup>. Ciò è possibile solo se si considera, d'altro canto, che il terzo-solidario è completamente innocente rispetto alla situazione necessitante. L'invasione nella sfera giuridica altrui è ammissibile, dunque, solo in casi in cui l'interesse salvaguardato sia notevolmente più importante rispetto a quello sacrificato<sup>61</sup>.

Davanti all'assenza dello Stato, l'ordinamento giuridico delegherebbe al soggetto che subisce le conseguenze dell'azione necessaria l'obbligo originariamente statale di superamento dell'emergenza. Vale a dire, nei contesti di necessità sarebbe possibile attribuire all'individuo, data la sua condizione di cittadino, il dovere di sopportare eccezionalmente l'ingerenza altrui nella propria sfera giuridica<sup>62</sup>.

I critici di quest'impostazione, tuttavia, si concentrano proprio in quest'ultimo aspetto. Se il dovere di tolleranza non fosse altro che l'estensione del dovere statale di soccorrere i cittadini in caso di emergenza, l'azione civile esercitata per ottenere il corrispondente risarcimento per i danni subiti, dovrebbe, per l'appunto, essere rivolta contro lo Stato e non invece contro il soggetto necessitato che ha superato l'emergenza a spese di un terzo<sup>63</sup>.

Di fronte a questa critica, i sostenitori di quest'impostazione sostengono, per contro, che l'impegno assunto dallo Stato di proteggere l'intangibilità delle sfere di autonomia non si realizza solo mediante il pagamento delle imposte destinate alla creazione e al sostegno di istituzioni di assistenza che operano in maniera organizzata, ma *anche* attraverso la previsione di prestazioni particolari nei casi in cui essa non si possa concretizzare a livello istituzionale. Gli esempi paradigmatici in tal senso sono il dovere di aiuto nel reato di omissione di soccorso e il dovere di tolleranza inerente allo stato di necessità. Questi istituti non farebbero che rafforzare siffatto impegno statale. Solo mediante l'estensione di questo

---

<sup>60</sup> Così, tra gli altri, R. ROBLES PLANAS, *En los límites de la justificación*, cit., pp. 461-463.

<sup>61</sup> Così, tra gli altri, A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Caso "Agresor dormido"*, cit., p. 350; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Sobre las situaciones de necesidad*, cit., p. 223; E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., p. 218, il quale afferma: «la non illiceità del fatto necessitato in questi casi può essere concessa — in osservanza del principio di solidarietà — solo allorché il bene salvato sia considerevolmente più rilevante di quello sacrificato». Vi è tuttora un dibattito aperto — sul quale non possiamo soffermarci qui — sulla questione se l'invasione alla sfera di autonomia altrui deve essere compresa come un fattore in più nella ponderazione; F. BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, p. 91.

<sup>62</sup> M. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, cit., p. 123; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva*, cit., p. 33; J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 81.

<sup>63</sup> Così, di recente, U. NEUMANN, *op. cit.*, pp. 155 e ss.

obbligo istituzionale lo Stato assume in modo coerente l'obbligo di proteggere l'intangibilità delle sfere di autonomia.

Ebbene, il fatto che l'azione di risarcimento sia rivolta contra il necessitato e non contro lo Stato è dovuto al fatto che esso garantisce unicamente la soddisfazione di quelle prestazioni solidaristiche che si svolgono mediante i canali istituzionalizzati e non, invece, quelle che dipendono da contingenze individuali. Come ha sostenuto Robles Planas, siccome il pagamento dell'imposte è limitato, «il cittadino non può pretendere che ad ogni incrocio ci sia un'ambulanza o un medico disponibile, per cui dovrà assumere i costi della propria salvezza se essa non si svolge attraverso i canali previamente predisposti a tal fine»<sup>64</sup>.

Descritta così, nondimeno, questa teoria non sarebbe particolarmente originale. In effetti, essa si limiterebbe a ripetere che l'obbligo di solidarietà che sta alla base del dovere di tolleranza costituisce un'eccezione alle modalità di funzionamento del diritto, ma non fonderebbe in senso stretto il concetto di solidarietà.

Tuttavia, il merito di questa teoria — ritengono i suoi sostenitori — consiste nel concentrarsi sul modo in cui gli obblighi dello Stato e gli obblighi dei singoli si integrano per rendere realizzabile uno Stato di libertà. Che esso si realizzi in forma primaria mediante le istituzioni statali si giustifica dall'impatto che l'imposizione di un obbligo del genere — cioè, istituzionale e di carattere generale — avrebbe nell'autonomia formale. Ciò non è di ostacolo, però, al fatto che le imposizioni di obblighi di solidarietà rivolte ai privati possano avere la stessa giustificazione, ovvero favorire la realizzazione della libertà<sup>65</sup>. Per la conservazione di uno Stato di libertà ci vuole beninteso dello Stato, ma tale scopo non è raggiungibile da esso in maniera esclusiva ed escludente. Ciò richiederebbe, per contro, una intensità di vigilanza che nessuno può pretendere in uno Stato di libertà. Perciò, sotto questo profilo, la responsabilità per la conservazione di uno Stato di libertà coinvolge

<sup>64</sup> R. ROBLES PLANAS, *Deberes de solidaridad*, cit., pp. 99-100. Come correttamente sostiene l'Autore, un'altra cosa è la responsabilità dello Stato nel caso di «abnorme funzionamento delle vie istituzionalizzate».

<sup>65</sup> Come afferma J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., p. 82, nota 128, richiamando Pawlik, quest'impostazione fa anche appello all'idea del «merito»: vale a dire, la disgrazia è sovente ritenuta una cosa *non-meritata*, per cui considerazioni di tipo distributivo giustificerebbero l'obbligo statale di contribuire alla superazione dell'emergenza ed eventualmente anche la sua delega. Si veda anche ID., *El fundamento*, cit., pp. 237-238. Sul modo in cui l'idea del merito si collega allo stato di necessità, si veda, M. PAWLIK, *Solidaridad*, cit., pp. 239-240. In un senso analogo, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva*, cit., p. 34.

ciascuno dei cittadini. In altre parole, chi che vuole far uso delle libertà all'interno di uno Stato di diritto deve contribuire la sua parte per preservare e difendere siffatte libertà<sup>66</sup>.

1.5. In seguito, tenteremo di individuare i tratti più importanti di una discussione assai risalente, cioè il modo in cui il concetto o nozione di solidarietà incide in ambito penale, i legami tra lo spazio che un dato ordinamento giuridico riconosce alla solidarietà e le premesse politiche che ne stanno alla base e, infine, le riserve che si sono sollevate contro il concetto di solidarietà. Tutto ciò — occorre ribadirlo — considerando il modo in cui questo discorso si collega con lo stato di necessità.

## 2. *La solidarietà e il diritto. La solidarietà come concetto penalistico.*

2.1. A proposito del rapporto tra solidarietà e diritto penale, occorre sin dall'inizio avvertire che tale rapporto va oltre l'istituto dello stato di necessità. Anzi, secondo alcune interpretazioni dottrinali esso è talmente intenso che il diritto penale può persino ritenersi «il diritto della solidarietà»<sup>67</sup>.

Con un maggiore o minore grado di precisione concettuale, la solidarietà compare a proposito delle questioni più fondamentali del diritto penale. Per menzionare l'interrogativo più elementare, certe correnti filosofiche ricorrono proprio alla solidarietà per rispondere alla domanda sui motivi che giustificano lo *ius puniendi*. In effetti, alcune impostazioni fanno appello alla solidarietà ed alla libertà inerente ai membri della specie umana per dimostrare — dato il suo carattere oppressivo — quanto innecessario sarebbe il diritto. A grandi linee questa è l'impostazione difesa dall'anarchismo contemporaneo, il quale, da un lato, prende dal liberalismo la sfiducia verso lo Stato e il diritto e, da un altro, i sentimenti di simpatia e solidarietà tra gli uomini che caratterizzano il socialismo. Sotto questo profilo,

<sup>66</sup> Così, di recente, M. PAWLIK, *Ciudadanía*, cit., pp. 42-43. È proprio quest'idea a ribattere la critica mossa a quest'impostazione nel senso che non sarebbe chiaro il motivo per cui un soggetto, al di là dei suoi doveri tributari, deve sacrificare i suoi interessi assumendo funzioni che rientrano nell'ambito dello Stato, il che significherebbe una contestazione della separazione tra funzioni dello Stato e funzioni dei singoli. Si veda anche, R. ROBLES PLANAS, *Deberes de solidaridad*, cit., p. 98 e 100. Sul concetto di delitto che soggiace a quest'impostazione, si veda *infra*, § 3

<sup>67</sup> Così, ad esempio, M. RIVERDITI, *Dovere di solidarietà e protezione penale*, in R. CAVALLO PERIN, L. LENTI, G.M. RACCA, A. ROSSI (a cura di), *I diritti social come diritti della personalità*, Napoli, 2010, p. 211.

tutte le manifestazioni concrete del diritto penale — le pene, i tribunali, il carcere — non farebbero che contraddire questo sentimento di unione tra gli uomini, il quale trova nella solidarietà il terreno fertile per antonomasia e l'antidoto più efficace contro gli istinti antisociali di alcuni uomini<sup>68</sup>.

Il concetto di solidarietà fu invocato anche dall'Illuminismo, una tradizione politica e filosofica — come è noto — chiaramente diversa da quella anarchica. L'Illuminismo, in effetti, ricondusse alla nozione di solidarietà l'avvento dell'umanizzazione e della razionalizzazione delle pene, cioè l'abbandono, al meno in parte, di quello che è stato denominato «terrorismo punitivo». Anzi, secondo una interpretazione dell'impatto che questa corrente politica, filosofica e culturale ebbe sul fenomeno punitivo la solidarietà si tradusse nel dovere che assume lo Stato nei confronti dell'autore del reato. Il criminale, proprio per motivi di solidarietà, non può essere abbandonato a sé stesso, ma deve essere aiutato a «rimediare» ai propri comportamenti in vista di un'auspicata (e perseguita) risocializzazione<sup>69</sup>.

Riconducendo il discorso ad un terreno più teorico — ma rimanendo comunque nell'ambito delle questioni essenziali del diritto penale — il richiamo alla solidarietà è stato effettuato anche in tema di fondamento e finalità della pena. In questo contesto tale richiamo non fa che confermare l'ampiezza della sua portata, ma, al contempo, anche il *deficit* di chiarezza che storicamente l'ha contraddistinta. In effetti, non è un caso che sia stata invocata da teorie del tutto contrapposte in merito, come lo sono le teorie della prevenzione speciale e della retribuzione di conio stammleriano. Mentre la prima si mostra

---

<sup>68</sup> Di certo non è questa la sede per affrontare le riserve sollevate contro questa teoria. Basta sottolineare che essa è stata severamente criticata per quanto pretende un modello di società che prende le mosse da una concezione assai idealizzata dell'uomo, la quale trascura la sua irripetibile individualità, ovvero ciò che racchiude la sua essenziale dignità; dignità che diventa causa, a sua volta, dell'imperfezione della convivenza, del fatto cioè che essa sia, per contro, «costellata da controversie e conflitti». Così, di recente, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., pp. 85-90. Tuttavia, occorre evidenziare che il problema — seppur in misura minore — si pose anche per coloro, come Hobbes, secondo i quali l'uomo, sebbene non sia buono per natura, è comunque in grado mediante uno sforzo razionale e riflessivo di costruire un ordine buono, cioè «di imitare l'opera di Dio». Così, I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: 'come se' fossimo fratelli*, Napoli, 2011, pp. 11-13. Questa antropologia positiva od «ottimista» non è un tratto esclusivo della tradizione anarchica. Alcuni antecedenti si avvertono già in Cicerone o in Seneca. Si veda al riguardo, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Teoria dei diritti fondamentali* (a cura di V. FERRARI), Milano, 1993, p. 241, nota 6.

<sup>69</sup> Secondo M. RIVERDITI, *op. cit.*, p. 212, l'articolo 27 della Costituzione italiana, secondo il quale la pena deve tendere alla rieducazione del condannato, avrebbe in questo cambio di rotta la sua origine storica. In un senso analogo, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 175. Per un quadro ancora più completo, seppur non si faccia riferimento esplicito al concetto di solidarietà, si veda M. DE RIVACOBAY RIVACOBAY, *La reforma penal de la Ilustración*, in *Violencia y justicia*, cit., pp. 53-75.

come manifestazione di altruismo, filantropia e di una lodevole *solidarietà* sociale<sup>70</sup>, la seconda tenta di conciliare la pena coi principi basilari del cd. «*richtigen Rechtes*», tra cui, per l'appunto, il principio di solidarietà, secondo il quale un individuo giuridicamente vincolato non deve mai essere escluso dalla comunità a seguito di una decisione arbitraria di un altro soggetto. Secondo Stammler, qualsiasi potere di disposizione concesso dal diritto potrà comportare l'esclusione di un altro solo nella misura in cui nell'escluso si continui a vedere il prossimo<sup>71</sup>.

2.2. Da questo breve cenno sul modo in cui la solidarietà si proietta all'interno del discorso penale è agevole avvertire che tali manifestazioni riflettono solo ciò che potremmo individuare come «il primo stadio del concetto», ovvero un approccio prettamente etico o speculativo. Sia nel dibattito sulle finalità delle pene sia — soprattutto — in quello che concerne la legittimazione stessa dello *ius puniendi*, la solidarietà non ha un carattere dalla cui inosservanza derivino sanzioni giuridiche o pene in senso stretto. Detto altrimenti: in questa tappa la solidarietà non incide dogmaticamente all'interno della teoria del reato.

Dal momento che si constata che le tappe più significative di questo lento percorso dimostrano come esso sia tutt'altro che lineare, ricostruire con relativa nitidezza il passaggio dalle idee all'ambito dei principi giuridicamente vincolanti diventa assai complesso<sup>72</sup>. A ciò si deve aggiungere che non si trattò affatto di un cammino affrontato in modo esclusivo dall'idea di solidarietà. Anche le nozioni di fraternità, proprietà e felicità — per nominarne solo alcune — sono comprese in questo processo di trasformazione di più ampia portata<sup>73</sup>.

Non si trattò — ribadiamo — di un percorso lineare. E ciò si mostra, tra gli altri aspetti, nel fatto che neanche all'interno di certe tradizioni politiche o filosofiche esiste una coerenza assoluta o, quantomeno, alcuni punti fermi.

<sup>70</sup> Si veda, in termini critici, M. DE RIVACOBÀ Y RIVACOBÀ, *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires, 1993, p. 43 (il corsivo è nostro), secondo cui quest'impostazione sarebbe «l'attentato più diretto e chiaro contro l'intimità umana».

<sup>71</sup> Cfr. *Lehrbuch*, cit., pp. 207-209. Occorre sottolineare che tra gli esempi di norme del diritto tedesco vigente all'epoca nelle quali, a suo avviso, si trovano i principi del «diritto giusto» — i principi del rispetto e della solidarietà — Stammler cita il § 904 del Codice civile tedesco, il quale disciplina, come abbiamo più volte detto, il cd. stato di necessità aggressivo. Ciononostante, la tesi di Stammler in merito sembra di distaccarsi dalla nozione di solidarietà, come abbiamo visto *supra*, Introduzione, testo e nota 29.

<sup>72</sup> Cfr. F. GIUFFRÈ, *Solidarietà*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5625.

<sup>73</sup> Così, di recente, G. JAKOBS, *Principios y límites de la justificación*, in *Revista Derecho Penal y Criminología* (Bogotá), vol. 34, N° 97, 2013, p. 20.

Quest'ultimo aspetto si apprezza, ad esempio, in ciò che possiamo denominare la «tradizione liberale». Il valore attribuito alla solidarietà all'interno del sistema kantiano del diritto e della giustizia consisté nel ritenerla un «dovere imperfetto». Il diritto, nell'interesse della tutela e della libertà dei cittadini, doveva limitarsi a disciplinare un elenco di divieti, riconducibili al principio del *neminem laedere*. Sotto questo profilo, la solidarietà non poteva che rimanere esclusa dall'ambito giuridico<sup>74</sup>, il che spiega che il comando penale di soccorso e il dovere di tolleranza dello stato di necessità — frequentemente ritenute le facce di una stessa medaglia — rimangono al di fuori del sistema del diritto di stampo kantiano<sup>75</sup>. Nondimeno, abbiamo già accennato come John Rawls, anche lui appartenente a ciò che potremmo individuare come tradizione liberale, muove invece da un assunto diverso. Quest'Autore distingue esplicitamente tra un dovere naturale di aiuto reciproco e la facoltà (supererogatoria) della beneficenza. I primi, a suo avviso, si possono tradurre giuridicamente — nella misura in cui il loro adempimento non implichi rischi o perdite eccessive — facendo richiamo al senso di sicurezza e fiducia nelle buone intenzioni delle altre persone e nel fatto queste ultime saranno presenti in caso di bisogno<sup>76</sup>.

Ma la presenza di questi contrasti non è l'unico elemento che fa diventare ancora più complesso il tentativo di ricostruzione. Vi è anche lo storico ostacolo metodologico che consiste in una sovrapposizione dei piani, il che si ripercuote nel ritenere come sinonimi concetti che non sono sempre coincidenti. In particolare, l'appello ad istanze religiose — oltre ad essere assai difficile da eludere data l'origine etica dell'idea — non contribuisce a fare chiarezza. Anzi, proprio da questa sovrapposizione emerge l'uso, come se fossero sinonimi, di concetti che, seppur si assomiglino — si pensi, ad esempio, a quello di «carità» o «beneficenza» —, non hanno nulla a che vedere con la solidarietà<sup>77</sup>.

Entrambi i tratti si apprezzano a chiare lettere nelle parole che autorevoli pensatori dedicarono al concetto. Si pensi al caso di Locke e, prima ancora, di Étienne de La Boétie. Sicuramente a causa del richiamo esplicito che fecero a Dio in quanto creatore dell'ordine

<sup>74</sup> Così, ad esempio, D. VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, cit., pp. 106-108.

<sup>75</sup> Occorre tra l'altro ricordare che Kant, muovendo da una fenomenologia assai ristretta della questione, è probabilmente l'Autore più rappresentativo della teoria secondo la quale il fondamento dello stato di necessità risiede nell'inutilità pratica della pena. Si veda, tra gli altri, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. IV, pp. 332-333.

<sup>76</sup> Cfr. J. RAWLS, *op. cit.*, pp. 326-327. Come abbiamo infatti accennato in precedenza, questa impostazione si annovera all'interno delle cd. teorie contrattualistiche della solidarietà, la quale spiega lo stato di necessità in base all'idea di «prudenza», ovvero al fatto che i cittadini, in base ad una scelta razionale, non possono che accettare una restrizione della loro libertà. Si veda *supra*, § 1.

<sup>77</sup> Così, tra gli altri, S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 62.



sociale, in entrambi i pensatori si avverte un assunto assai idealizzato della società, intesa quale ente naturalmente armonico in grado di autocorreggersi di fronte alle privazioni di beni fondamentali. Una premessa del genere, nondimeno, comportava il fatto di trascurare il dato incontrovertibile secondo cui già all'epoca le società si impigliavano nella gerarchia, distribuendo i diritti a seconda del ceto di appartenenza, il che rivelava l'impossibilità di sopportare il onere delle diseguaglianze attraverso una forma di spontanea reazione sociale<sup>78</sup>. Questa lettura ottimistica dei rapporti sociali rese evidente la necessità di smettere di affidarsi ai liberi comportamenti individuali — fossero essi ispirati alle virtù ereditate da Dio o dalla natura —, e scegliere, di converso, l'artificialità delle regole del diritto per tutelare l'eguaglianza, la quale venne man mano proclamata quale un principio giuridicamente vincolante insieme alla libertà e alla fraternità<sup>79</sup>.

Un noto tentativo finalizzato ad attribuire un carattere inequivocabilmente giuridico alla solidarietà si trova, invece, già nelle acute parole di Montesquieu. In quanto fautore della centralità della legislazione che caratterizzò il cd. «tardo Illuminismo», Montesquieu sostenne che l'elemosina non serviva ad adempiere all'obbligo dello Stato nei confronti a suoi cittadini. Senza mezzi termini Montesquieu faceva riferimento all'elenco di doveri pubblici — dal diritto alla sopravvivenza fino il diritto al cibo e alla salute — rivolti a soddisfare le esigenze della materialità della vita, tutti orientati ad evitare che le esigenze di rispetto della dignità umana rimanessero subordinate alla benevolenza altrui<sup>80</sup>.

2.3. Da un'altra prospettiva, altre difficoltà nel delineare la solidarietà in quanto principio giuridico scaturiscono dal fatto che è possibile constatare — solo dando uno sguardo superficiale della storia contemporanea — che l'idea in questione è stata proclamata da linee di azione politica assai diverse. Non è un caso, in effetti, che proprio di «solidarietà» si sia parlato per individuare il motto centrale del movimento operaio del XIX secolo — si parla, in tale contesto, di una «solidarietà di lotta» o «solidarietà emancipatrice» — ma anche per identificare il valore essenziale del nascente Stato sociale, deliberatamente concepito per contenere lo scoppio del proletariato e disinnescare esigenze più radicali.

---

<sup>78</sup> S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 12-15.

<sup>79</sup> Così, S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 15. Sui rapporti concettuali e storici tra la nozione di solidarietà e fraternità torneremo più avanti. Si veda *infra* § 3.

<sup>80</sup> Cfr. ancora, S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 17.

Nel primo caso, tuttavia, si è di fronte ad un uso piuttosto limitato del concetto. Probabilmente dovuto alla tendenza del materialismo storico, inteso quale metodo, di concentrarsi sul lato oggettivo dei processi storici e dei rapporti sociali, non è possibile affermare che la teorizzazione del marxismo in tema di solidarietà sia stata solida<sup>81</sup>. In effetti, giacché il movimento operaio muoveva da una autocomprensione favorevole degli interessi da loro difesi, trascurò, per così dire, la dimensione normativa della solidarietà — cioè la prospettiva interna dei rispettivi gruppi e movimenti secondo la quale i rapporti di solidarietà hanno un carattere morale vincolante —, privilegiando invece l'aspetto strumentale del concetto. Detto in altre parole: la solidarietà di lotta venne ridotta ad un mero mezzo per mantenere la coesione e raggiungere degli obiettivi ritenuti giusti<sup>82</sup>.

Da questo uso storico del termine deriva lo spunto — sfruttato in particolare dallo studio sociologico del concetto — secondo cui la solidarietà avrebbe, per così dire, una «struttura bipolare»<sup>83</sup>. La solidarietà a favore degli operai — che riposa sul riconoscimento di una comune condizione di subalternità e di una comune possibilità di emancipazione — comporta necessariamente la solidarietà contro qualcun altro<sup>84</sup>. La solidarietà interna alla classe o al gruppo non aspira a proiettarsi verso altre classi o gruppi sociali. Anzi, presuppone di assumere che non vi è nessun principio «organico» di integrazione in grado di porre rimedio al fondamentale conflitto di classe. È proprio in questa fase, cioè allorché il fronte del conflitto si estende dall'antagonista di classe allo Stato, che si manifesta la vocazione latentemente autoritaria del solidarismo.

Dal momento che lo spontaneismo solidaristico diventa mera organizzazione e si riduce a *praxis* conflittuale, verso la metà del XIX secolo entra in gioco lo Stato. Il caso di Bismarck in Germania è probabilmente l'esempio più limpido in tal senso. Oltre allo scopo di mantenere il monopolio della coercizione, lo Stato assume la funzione di universalizzare la

<sup>81</sup> La seguente frase di Friedrich Engels in merito è assai eloquente rispetto alla portata che il marxismo attribuì al concetto: «il semplice sentimento di solidarietà, basato sulla convinzione dell'identità della situazione di classe, è sufficiente per creare e tenere assieme tra gli operai di tutti i paesi e di tutte le lingue uno stesso grande partito del proletariato». Sul concetto di «solidarietà di lotta», si veda K. BAYERTZ, *op. cit.*, pp. 41-42; I. MASSA PINTO, *op. cit.*, p. 5.

<sup>82</sup> Cfr. K. BAYERTZ, *op. cit.*, pp. 42 e 46. Dal momento che di un agire solidale si può parlare anche tra i mafiosi o tra i membri di giunta militare, è a nostro avviso opportuna la distinzione proposta dall'Autore tra un uso descrittivo ed un uso normativo del termine. Quest'ultimo è giustificato soltanto laddove gli obiettivi e gli interessi comuni possono essere considerati legittimi dal punto di vista della giustizia (p. 45). Sottolinea questo aspetto presso la discussione penale cilena, di recente, A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Solidaridad en el tráfico motorizado*, cit., p. 195, richiamando proprio Bayertz.

<sup>83</sup> K. BAYERTZ, *op. cit.*, p. 41.

<sup>84</sup> I. MASSA PINTO, *op. cit.*, pp. 4-5.

solidarietà facendosi soggetto di politiche di assistenza nell'interesse pubblico, con il deliberato obiettivo, come abbiamo detto in precedenza, di contenere la rivolta del proletariato e disattivare esigenze più radicali mediante un sistema di pianificazione razionale di assistenza ai poveri<sup>85</sup>. Una solidarietà espressa mediante modelli di protezione e previdenza sociale — materializzata, per così dire, «dall'alto» —, ispirata (diversamente da quella particolarista) da un senso di empatia, carità che ben presto si convertì in una responsabilità paternalistica dei gruppi dominanti rispetto al resto della società; una responsabilità tra classi sociali, cioè dai ricchi ai poveri, rivolta piuttosto a correggere degli abusi e non, di converso, a superare le gerarchie socialmente stabilite.

A livello giuridico, questo paradigma trovò espressione nel pensiero di Léon Duguit e Léon Bourgeois, la cui opera è stata studiata per lungo tempo dalla dottrina. Ai nostri fini, è sufficiente sottolineare che in entrambi gli Autori si apprezza chiaramente una riluttanza nei confronti di quell'individualismo astratto e atomistico che minimizzava il ruolo delle interazioni collettive, il quale fungeva da efficace stimolo all'accumulo della proprietà e delle risorse. Per contro i cd. «solidaristi francesi» muovevano dalla premessa che i lavoratori e consumatori erano membri di una collettività organizzata che condizionava in maniera determinante la vita sociale. Questa scuola di pensiero giuridico intese fondare sul principio di solidarietà una dottrina dalla quale si potevano ricavare concrete implicazioni normative per far fronte alla drammatica questione sociale del XIX secolo<sup>86</sup>.

Infatti, ispirato al paradigma positivista — secondo il quale per raggiungere qualsiasi progresso scientifico bisognava concentrarsi sui fatti e trascurare le nozioni metafisiche — Bourgeois ritenne che le leggi che disciplinano i rapporti sociali non facevano che riprodurre la legge generale della dipendenza reciproca, la cui disuguale distribuzione viene superata mediante la solidarietà. Secondo Bourgeois, i conflitti che emergono dalla disuguale distribuzione di questo onere sociale vengono superati mediante la nozione di solidarietà, la quale diventa comando giuridico dal momento che discende — ecco probabilmente la distonia metodologica più evidente — dall'idea di giustizia presente in

---

<sup>85</sup> Le parole di Bismarck al Kaiser dopo la vicenda della Comune di Parigi, nel senso che era urgente prendere delle misure rivolte ad evitare che vicende rivoluzionarie potessero «danneggiare la Nazione», sono eloquenti in tale senso. Si veda, con esplicito richiamo alla esperienza di Bismarck, ancora, S. RODOTÀ, *op. cit.* p. 59; K. BAYERTZ, *op. cit.*, pp. 34 e 37-38.

<sup>86</sup> Cfr. I. MASSA PINTO, *op. cit.*, p. 49. Si veda, per quanto concerne il solidarismo italiano, la bibliografia citata alla nota 102.

ogni uomo. Per rendere spiegabile l'accettazione di questo onere che contemporaneamente presupponga la libertà del soggetto pur non riposando sul suo esplicito consenso, Bourgeois fa appello ad una sorta di *quasi-contratto*. Questa risorsa argomentativa — che viene usata non quanto categoria giuridica, ma come metafora per veicolare il nucleo costitutivo del messaggio solidaristico — emerge dall'accettazione implicita da parte di tutti i consociati della pluralità di vantaggi (tra cui, il diritto di proprietà) e di pesi che derivano dai legami di solidarietà<sup>87</sup>.

Da una prospettiva del tutto analoga Duguit promosse un diritto privato con un volto più sociale. Siffatto carattere può esprimersi solo mediante un insieme di istituti diretti a proteggere la parte più debole nei contratti e vietando degli abusi dei diritti patrimoniali. Detto in altri termini, un diritto privato nel quale i doveri venissero concepiti a seconda della posizione — nel mercato o all'interno della società — dell'individuo chiamato ad adempierli. È proprio in tale contesto che assume importanza la funzione sociale della proprietà, vale a dire il porsi quale fonte non solo di facoltà, bensì di obblighi, tra cui, quello di non usarla in modo antisociale<sup>88</sup>. Il divieto dell'abuso del diritto, il riconoscimento della buona fede contrattuale e certe forme di responsabilità oggettiva furono espressione giuridiche di questo assunto<sup>89</sup>.

A prescindere dall'incontrovertibile progresso sociale che comportò questo cambio di concezione occorre comunque evidenziare che il solidarismo francese costituì, nelle migliori delle ipotesi, un programma politico e giuridico compensatorio, riformista, in nessun caso rivoluzionario o emancipatore. Si trattò, per contro, di un programma che non aspirava ad azzerare mediante il conflitto le differenze di classe, ma piuttosto a ridurre i privilegi di classe attraverso un sistema efficiente di assicurazione sociale che lo Stato — tale aspetto è particolarmente chiaro in Bourgeois — si limita a predisporre. All'interno di quest'impostazione non è lo Stato — o per lo meno non è solo lo Stato — il motore di

---

<sup>87</sup> Sulla dottrina di Bourgeois, rinviamo a I. MASSA PINTO, *op. cit.*, pp. 46-57.

<sup>88</sup> Occorre però sottolineare che lo scetticismo nei confronti a tale funzione era già stata manifestata allora da noti giuristi, al punto di essere ritenuta una «menzogna convenzionale». Più in generale, assai eloquente fu la frase di Otto von Gierke, secondo il quale la natura del Codice civile tedesco (1900), il quale preveda l'istituto, non poteva essere mutata versando nei suoi ingranaggi «una goccia d'olio sociale». Si veda, sul punto, S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 63.

<sup>89</sup> La disciplina riguardante gli incidenti sul lavoro, le nascenti norme sul lavoro dei minori e delle donne, quella relativa all'igiene e sicurezza nelle fabbriche, il principio di progressività in materia tributaria e via dicendo, formarono pure parte di questa impostazione, come di recente evidenzia G. PISARELLO, *op. cit.*, pp. 90-91.

questa riforma sociale, ma la società stessa, la quale viene addirittura concepita come un a realtà nella quale i problemi si pongono e si risolvono spontaneamente per la forza interna della coesione sociale che stimola la solidarietà. Sotto questo profilo — nel quale sono rinvenibili le radici del cd. «Stato sussidiario» — la società viene concepita come una realtà autosufficiente<sup>90</sup>.

Nonostante questo esplicito compromesso dello Stato sociale con la nozione di solidarietà — poco importa ora se genuino o interessato —, durante il XX secolo l'analisi del rapporto tra il concetto in questione e certe forme di Stato divenne più ambiguo. Il concetto di solidarietà cominciò ad essere assunto da dottrine di filosofia politica ben diverse da quelle che stavano alla base dei nascenti stati sociali. I casi più noti in questo senso furono il fascismo italiano e il nazismo tedesco. Essi, infatti, disciplinarono *ex novo* o riformarono alcuni istituti in base ad un'interpretazione della solidarietà che muoveva da una particolare concezione della funzione attribuita all'individuo nella società.

La solidarietà corporativista fascista è un chiaro esempio di come uno stesso concetto possa significare — a seconda del contesto nel quale viene invocato — due (o più) cose diverse. Mentre la solidarietà democratica — anche detta «compensativa» — contiene la sempre latente possibilità del conflitto mediante l'universalizzazione dei diritti e l'opposizione nei confronti dei privilegi, la solidarietà fascista rifiutava qualsiasi articolazione democratica e plurale dei gruppi vulnerabili al di fuori dello Stato. Per quanto concerne il movimento operaio, il fascismo e il nazismo non fecero altro che rompere qualsiasi legame di solidarietà emancipatrice tra i lavoratori. Prova ne fu la dichiarazione d'illegalità dello sciopero, la considerevole riduzione della libertà sindacale, la statizzazione del diritto del lavoro e la consolidazione del cd. «*Führerprinzip*», ovvero l'idea che le aziende costituivano una comunità composta da un capo — l'imprenditore — al quale i lavoratori rimanevano subordinati da legami d'ubbidienza<sup>91</sup>.

Da una prospettiva più ampia, lo spazio attribuito alla solidarietà all'interno di certi

<sup>90</sup> Cfr. I. MASSA PINTO, *op. cit.*, p. 57; S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 17-19.

<sup>91</sup> Così, G. PISARELLO, *op. cit.*, p. 92. Sulla cd. «solidarietà corporativa» si veda la *Relazione* al Codice civile del ministro Guardasigilli a proposito dell'articolo 1175, in cui si legge come le suggestioni organicistiche («Questo dovere di solidarietà nasce (...) dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale») cedono progressivamente alla più diretta logica di un «coordinamento delle sfere individuali», il cui conflitto «rimane risolto sul terreno di un preciso adeguamento reciproco, dominato e chiarito dalla calda luce della dottrina fascista, che lega gli interessi di tutti in unione indissolubile». Si veda, S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 40-41.

ordinamenti giuridici segna la fisionomia comunitarista o liberalista dello Stato di riferimento. Nonostante il fatto che la storia del XX secolo (specie dopo la fine della guerra fredda) ha dimostrato che i paradigmi classici non vengono più messi in atto ad oltranza<sup>92</sup>, è a nostro avviso comunque utile individuare alcuni tratti del modo di intendere la solidarietà all'interno di questo dilemma di filosofia politica.

La forma attraverso la quale la solidarietà si è storicamente manifestata in quanto principio giuridicamente vincolante si riconduce, non solo in ambito penale, ai cd. «doveri positivi». Questi, diversamente da quanto accade con i doveri negativi (quelli cioè che si limitano ad esigere un *non-fare* (*neminem laedere*), comportano la messa in atto di certe condotte rivolte ad ampliare la sfera di autonomia altrui. In base a questa distinzione è agevole intuire il tipo di rapporto che ne scaturisce. I doveri negativi predominano all'interno di ordinamenti in cui l'individualità del singolo — l'assoluta intangibilità della sua sfera di autonomia — costituisce il valore supremo. All'opposto, i doveri positivi hanno maggiore incidenza in quelli stati in cui ciò che diventa determinante è qualcosa — lo Stato, la comunità, il popolo, ecc. — che va oltre l'individuo<sup>93</sup>. All'interno della concezione liberale, per tanto, i doveri positivi — tra cui, il dovere di soccorso ma anche il dovere di tolleranza dello stato di necessità — sono destinati a ricevere, a livello pubblico, una legittimazione precaria, marginale e, in ogni caso, eccezionale<sup>94</sup>. I doveri positivi, in generale, vengono spesso associati a decisioni assunte liberamente oppure fondate sulla reciprocità, tratto che spiega — tra l'altro — perché essi siano stati studiati in maggior misura dalla sociologia<sup>95</sup>. All'interno del liberalismo, i doveri di questo tipo sono relegati alla sfera privata delle virtù morali, il che spiega che se vengono realizzati si tratterà solo di una condotta lodevole ma penalmente irreperibile in caso di inadempimento<sup>96</sup>.

Da questa premessa concettuale deriva che l'implementazione di doveri ispirati alla

<sup>92</sup> Chiarissima in tal senso, di recente, A. CORTINA ORTS, *op. cit.*, pp. 273 e ss.

<sup>93</sup> Così, tra gli altri, D. VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, cit., p. 109; da una prospettiva più costituzionale, si veda F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in A. M. BAGGIO (a cura di), *Il principio dimenticato*, Roma, 2007, p. 221. Da una prospettiva, per così dire, più antropologica, secondo I. MASSA PINTO, *op. cit.*, p. 3, il *neminem laedere* sarebbe l'assioma caratteristico di forme ancora primitive di socializzazione.

<sup>94</sup> E. NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, 1984, pp. 23-34, secondo il quale i doveri positivi prendono forma nel contesto di una sorta di «reazione socializzante» oppure, da un'altra prospettiva, a partire dal «superamento di un diritto puramente proibitivo». L'Autore, tuttavia, sottolinea comunque il predominio dei doveri negativi, il quale si spiegherebbe dal sempiterno timore di invadere esageratamente l'ambito di libertà dei cittadini.

<sup>95</sup> Nonostante noti e autorevoli eccezioni a livello filosofico, come sottolinea K. BAYERTZ, *op. cit.*, pp. 7 e ss.

<sup>96</sup> Cfr., per tutti, R. ALCÁ CER GUIRAO, *op. cit.*, p. 365.

solidarietà presupponga il fatto di ripensare il tipo di rapporti tra diritto e morale, da un lato, e tra Stato e cittadino, da un altro. Concretamente, accettare a livello giuridico i doveri positivi comporta assumere una concezione filosofico-politica che conferisce una rilevanza superiore alla collettività a discapito dell'individuo. In base a questa concezione del fenomeno politico — spesso individuata sotto l'etichetta di «comunitarismo» — al cittadino viene richiesto di sacrificarsi a favore del gruppo (la comunità, il popolo, la *polis*, come lo si voglia chiamare) al quale appartiene. Vale a dire che la solidarietà, ciò che sta alla base di siffatti doveri, richiede un compromesso che inevitabilmente ha come conseguenza un certo grado di sacrificio della libertà e dell'autonomia personale<sup>97</sup>.

Con specifico riferimento al diritto penale questo significa che per fondare doveri di solidarietà è necessario assumere — quantomeno *prima facie* — un certo grado di comunitarismo<sup>98</sup>. In questi contesti lo Stato assume la funzione di riconoscere i vincoli che conformano la sensazione di appartenenza alla comunità. Infatti, ciò si avverte nella dogmatica del reato di omissione di soccorso. Ispirato da una lunga tradizione dottrinale dalla solidarietà, secondo certe impostazioni ciò che si protegge sarebbe la coscienza della comunità, vale a dire, il conservare o promuovere i legami di appartenenza ad essa.

Abbiamo detto, però, che solo *prima facie* vi è una corrispondenza tra solidarietà e comunitarismo. I doveri positivi sono stati anche oggetto di giustificazione da correnti non proprio comunitarie. Questo è teoricamente possibile tenuto conto della flessibilità che mostra il concetto di solidarietà, il quale permette che l'oggetto di essa sia, a seconda dell'impostazione da cui si muova, la comunità in quanto tale oppure i soggetti che la compongono<sup>99</sup>. Come vedremo in seguito, gli argomenti dei penalisti tedeschi del secondo dopoguerra per mantenere all'interno della loro legislazione penale il reato di omissione di soccorso si basano proprio su questa distinzione; un percorso analogo è rinvenibile nell'argomentazione di coloro che fondano lo stato di necessità sull'idea di solidarietà.

---

<sup>97</sup> A questo riguardo acquista rilievo una distinzione di carattere sociologico dalla quale, tuttavia, emergono interessantissimi spunti a livello di filosofia politica. Ci riferiamo alla distinzione tra «comunità» e «società». Mentre le prime si creano a partire da un compromesso «vero e proprio», nelle seconde questo sarebbe riconducibile ad una scelta razionale, di mero calcolo. Proprio per questo motivo vi sono sociologi che ritengono che nei grandi gruppi la solidarietà (cioè questo sentimento di unione per uno scopo condiviso) non sarebbe possibile. Sulla portata di questa distinzione in ambito penale, si veda R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, p. 370. Più in generale, K. BAYERTZ, *op. cit.*, p. 47.

<sup>98</sup> Cfr., di nuovo, R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, p. 367.

<sup>99</sup> Cfr., R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, p. 367 e 372; in un senso analogo, M. RIVERDITI, *op. cit.*, p. 217, secondo cui «gli obblighi di solidarietà costituzionalmente previsti sono strumentali al bene-fine della salvaguardia e dello sviluppo della persona umana».

2.4. Come abbiamo accennato, l'esperienza dei totalitarismi del XX secolo è assai chiarificatrice per capire il modo in cui si è manifestata la solidarietà sul piano giuridico. Più in particolare, l'analisi dell'evoluzione del reato dell'omissione di soccorso — non di rado ritenuta l'altra faccia del dovere di tolleranza dello stato di necessità — è assai istruttiva del modo in cui essa è stata concepita.

L'esempio per eccellenza di un diritto penale in cui il diritto e la morale vengono confusi e nel quale, inoltre, la comunità assorbe l'individualità del singolo mediante la predominanza dei doveri positivi fu, senz'altro, il diritto penale nazionalsocialista. Mediante la riforma imposta dai suoi fautori nel 1935, il reato di omissione di soccorso acquisì un volto completamente diverso rispetto alla disciplina — decisamente più liberale — che aveva nel *StGB* del 1871<sup>100</sup>.

Questo, in realtà, non fu che una conseguenza di una particolare concezione del diritto penale. Esso, all'interno dello Stato nazista, fungeva da strumento di protezione delle aspirazioni della comunità; aspirazioni, occorre ribadirlo, forgiate non dai membri della società tedesca a partire dai loro valori culturali, ma piuttosto «dall'alto», cioè da un'autorità che si arrogava tale determinazione. È assai istruttivo in questo senso constatare che il nazismo concepì il liberalismo — in quanto tradizione nella quale i doveri positivi sono piuttosto ridotti — come una realtà nella quale, poiché si esacerba l'idea di autonomia, si promuove un'immagine egoistica del cittadino, incapace di compiere un compromesso nei confronti degli altri. In altri termini, la società liberale lungi dall'essere un ente consolidato attorno a legami affettivi, diventa la semplice somma di individui isolati e, pertanto, priva di identità<sup>101</sup>. Questo rende spiegabile il fatto che il vocabolo «società» — sostituito da quello di «comunità» — rimase escluso del linguaggio politico nazionalsocialista.

Questa ostilità verso i simboli della società liberale incise a livello dogmatico; incidenza che, a ben vedere, sorge a partire dalla nuova definizione del reato inteso quale violazione di un dovere verso la comunità. Di questi ed altri versanti la dottrina si è occupata

---

<sup>100</sup> Frutto dell'invasione nazista in Francia, questo paese introduce il reato in questione nel 1941. Importanti riforme sulla fattispecie, indubbiamente spinte da questo drammatico clima politico, si registrarono in Spagna e Italia. Si veda D. VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, cit., pp. 19-20, nota 6.

<sup>101</sup> R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.* pp. 379-380.



diffusamente. Per i nostri fini è sufficiente ribadire che, sotto il paradigma nazista, una concezione del reato come lesione di beni giuridici non poteva che derivare nella disintegrazione dei legami affettivi e delle convinzioni valoriali che rendevano possibile la convivenza<sup>102</sup>. Il rilievo della libertà personale era concepito, per contro, come un fattore d'indebolimento dell'autorità statale, incaricata di definire e cristallizzare questi valori comunitari.

Secondo questo approccio la comunità era moralmente fondata. I valori che la delineavano — mediante i quali si costruiva l'identità del popolo tedesco — costituivano un *dover essere* che tutti i membri della comunità erano obbligati a rispettare. Dal rispetto per l'autonomia in quanto *leitmotiv* delle norme di convivenza, si passa ad un insieme di norme rivolte ad assicurare la conservazione della comunità. In questi termini l'antigiuridicità, dal momento che il reato diventa un attacco contro le basi della vita del popolo, finisce assorbita dalla colpevolezza<sup>103</sup>.

Ebbene, se alla fin fine ciò che conta è l'interesse della comunità, sotto questo profilo tutti i reatti possono concepirsi come espressione di carenza di solidarietà, il che comporta che le fattispecie più gravi non saranno più quelle che provocano una violazione contro l'individuo. Autorevoli penalisti nazisti sostennero esplicitamente la necessità di invertire i rapporti creati dalla tradizione liberale, nel senso di punire in maggior misura le violazioni contro gli interessi della collettività e dello Stato rispetto alla violazione di beni giuridici dell'individuo<sup>104</sup>. Prevedendo la critica che già all'epoca fu rivolta a questa concezione, i fautori del nazismo sostennero — con abilità retorica — che la posizione dell'individuo all'interno non era di sottomissione, ma di *possesso*. Il diritto non sarebbe l'esito di un'arbitrarietà propria o esterna, bensì l'ordine naturale del popolo, il quale ha il potere di condizionare, a seconda di quali siano gli interessi della comunità, l'autonomia individuale<sup>105</sup>.

A proposito del reato in questione, questa condizione di detentore o responsabile del

<sup>102</sup> R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, pp. 381-382.

<sup>103</sup> Così, tra gli altri, G. BETTIOL, *Beni giuridici e reato*, in *Scritti*, cit., p. 321; R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, p. 391.

<sup>104</sup> R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, p. 391 e 396, richiamando Schaffstein. In un senso sostanzialmente analogo, G. DAHM, *Derecho penal nacionalsocialista y fascista*, in *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), N° 6, 2013, p. 243 (pp. 243-256).

<sup>105</sup> R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, p. 385.

diritto si apprezza a chiare lettere nell'offensiva dei giuristi fedeli al regime contro il requisito previsto dal *StGB* del 1871 di agire solo a richiesta della polizia. Quando tale requisito venne eliminato dalla riforma nazista, la figura perse qualsiasi barlume liberale, poiché l'individuo cominciò ad essere concepito sin dall'inizio come un collaboratore delle funzioni dello Stato<sup>106</sup>. L'omissione di soccorso diventa così un reato di atteggiamento, in cui l'elemento centrale è la disobbedienza rispetto all'autorità, garante degli interessi che mantengono uniti i legami comunitari. In una parola, la solidarietà o la coscienza di solidarietà — che nella fattispecie in esame comparve nell'enigmatica e pericolosa frase del «sano sentimento del popolo» — tra i membri della comunità.

Come abbiamo accennato in precedenza, dopo la caduta del nazionalsocialismo i giuristi tedeschi dovettero affrontare la complessa sfida di giustificare la fattispecie alla luce di altri parametri assiologici. Benché il legame tra la fattispecie e i paradigmi che sostennero la drammatica esperienza totalitaria era innegabile, la solidarietà tra i cittadini o il richiamo alla cd. responsabilità sociale costituivano ormai parte delle convinzioni generali. Gli eccessi del collettivismo totalitario non potevano sfociare nella difesa di un individualismo estremo. In base a questa premessa, la fattispecie poteva valere anche all'interno della socialdemocrazia tedesca<sup>107</sup>.

Questo tipo di argomentazione rientra nella più ampia strategia attraverso la quale la solidarietà comincia ad essere ripresa come principio giuridicamente vincolante all'interno dei nuovi contesti democratici. Il caso italiano è in questo senso probabilmente quello più significativo, poiché la nozione viene riconosciuta esplicitamente nel *corpus* legislativo e nientemeno che come principio costituzionale fondamentale<sup>108</sup>.

Di regola, ciononostante, la presenza della solidarietà all'interno degli ordinamenti giuridici del secondo dopoguerra aspirò a fungere da clausola a partire dalla quale il potere pubblico potesse intervenire mediante misure rivolte a correggere ed equilibrare diverse

<sup>106</sup> R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, p. 400.

<sup>107</sup> In questo senso sono assai chiari gli argomenti di Gallas e Welzel, analizzate dettagliatamente da R. ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, p. 375-378.

<sup>108</sup> Sottolineano questo aspetto, che contraddistingue il caso italiano rispetto di altre carte costituzionali europee, F. GIUFFRÈ, *op. cit.*, p. 5624, e G. PISARELLO, *op. cit.*, p. 93.

situazioni di disuguaglianza economica, sociale, culturale, ambientale o territoriale<sup>109</sup>. Il cd. «costituzionalismo sociale» — frutto, in buona misura, dell'incontro tra la tradizione cattolica e quella marxista<sup>110</sup> — difese un ruolo piuttosto moderato della solidarietà, riprendendo in buona sostanza la tradizione compensativa che gli Stati sociali attribuirono alla nozione e drammaticamente sospesa dai totalitarismi europei<sup>111</sup>.

2.5. Dal momento che la solidarietà man mano si consolidò in quanto principio ispiratore dei doveri statali ebbe inizio un'analisi più raffinata del concetto. Alcuni dei tratti di questo progresso si riflettono nelle teorie sullo stato di necessità che abbiamo analizzato in precedenza.

Il rapporto più diretto in tale senso si verifica ovviamente a proposito cd. «teorie decisionistiche», ma anche gli altri due gruppi analizzati riproducono siffatto sviluppo concettuale. Il richiamo, dal canto suo, ad una specie di «quasi-contratto» presente nell'impostazione di Bourgeois si apprezza chiaramente all'interno delle teorie contrattualistiche difese dalla maggior parte della dottrina tedesca. Infine, a proposito del reato di omissione di soccorso, abbiamo visto come alcuni aspetti *ivi* discussi vengono ripresi dai fautori del cd. approccio istituzionale della solidarietà. Basti pensare alla concezione del singolo come «collaboratore dello Stato».

D'altra parte, abbiamo visto che tutti questi approcci non sono esenti da alcune riserve. Orbene, a nostro parere, quello che meglio ha resistito alle critiche sollevate è proprio quest'ultimo. Come vedremo in seguito, tuttavia, saranno proprio alcuni degli spunti sviluppati in questo percorso di «depurazione» concettuale a rivelarne i difetti.

2.6. Una volta riconosciuta la rilevanza giuridica del principio di solidarietà, cominciò a svilupparsi a livello teorico — specie in ambito costituzionale — un dibattito attorno alla portata di tale nozione. In tale contesto — benché spesso tale dibattito sia condizionato

<sup>109</sup> Sul carattere delle norme costituzionali che prevedono doveri di solidarietà, cioè se si trattano di mere norme programmatiche o che si possano applicare direttamente, si veda E. ROSSI, A. BONOMI, *La fraternità, tra "obbligo" e "libertà"*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI, *La fraternità*, cit., p. 75.

<sup>110</sup> Il che è particolarmente notorio nel caso italiano. Si veda, tra gli altri, A. MATTIOTI, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in A. MARZANATI, A. MATTIOTI (a cura di), *La fraternità come principio di diritto pubblico*, Roma, 2007, p. 24; A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 51.

<sup>111</sup> In un senso analogo, S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 28-29.

dalle particolarità della disciplina che ne riserva un dato ordinamento<sup>112</sup> —, uno degli aspetti più discussi riguarda il carattere giuridicamente vincolante dei doveri di solidarietà.

Muovendo dall'impossibilità di dare una risposta univoca a tale interrogativo, nella dottrina costituzionalistica si suole distinguere tra solidarietà «orizzontale» e solidarietà «verticale»<sup>113</sup>. Mentre la prima esprime una precisa direttiva costituzionale rivolta a tutti soggetti dell'ordinamento, affinché limitino *spontaneamente* la propria autonomia individuale sulla base della considerazione delle libertà e dei diritti altrui<sup>114</sup>, la seconda — anche detta «pubblica» — si basa sull'intervento diretto dello Stato e dei pubblici poteri al fine di superare la condizione di bisogno dei cittadini. Quest'ultima si esprime nelle tradizionali modalità di intervento e di azione dello Stato sociale, e cioè allude all'azione diretta dei pubblici poteri volti a ridurre le diseguaglianze sociali ed a consentire il pieno sviluppo della persona umana<sup>115</sup>.

La solidarietà orizzontale, invece, si basa su altre premesse. Laddove sia riconosciuta a livello costituzionale, essa richiama un necessario mutuo soccorso tra i cittadini stessi, rispetto al quale lo Stato si limita a porsi quale garante esterno.

Quest'ultima variante dell'agire solidale conferma che alcune manifestazioni della solidarietà all'interno del quadro costituzionale, più che costituire il presupposto di specifiche imposizioni legali — nel qual caso essi sarebbero operanti solo ove trovassero copertura in corrispondenti sanzioni per il caso di inadempimento —, valgono soprattutto ad esprimere a livello giuridico positivo la fondazione assiologica del modello costituzionale di convivenza, qualificando positivamente il comportamento solidale del cittadino, quale conseguenza dell'adesione a un imperativo della coscienza civica dinanzi alle ragioni del legame sociale<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> La differenza in merito tra la disciplina italiana e tedesca, ad esempio, è assai indiziaria di questo. Mentre la prima prevede direttamente «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» come principio fondamentale della costituzione, il diritto tedesco fa riferimento ad una più timida esortazione «al sostegno del prossimo e al senso civico». Si veda M. BAURMANN, *op. cit.*, p. 85.

<sup>113</sup> Così, tra gli altri, F. GIUFFRÈ, *Solidarietà*, cit., p. 5627; E. ROSSI, *Commentario Costituzione – Art. 2*, in *Sistema Leggi d'Italia. Commentario alla Costituzione*, disponibile in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), 10 settembre 2017, p. 28.

<sup>114</sup> Così, ancora, F. GIUFFRÈ, *Solidarietà*, cit., p. 5627. Il corsivo è nostro.

<sup>115</sup> F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Il principio dimenticato*, cit., p. 214.

<sup>116</sup> F. GIUFFRÈ, *Solidarietà*, cit., p. 5627. Occorre comunque dire che vi è dottrina costituzionale che evidenzia che siffatta distinzione concettuale non è così chiara. Vi sono, infatti, doveri di solidarietà politica che il singolo svolge nei confronti della Repubblica il cui inadempimento non comporta sanzioni giuridiche. Il caso

Così descritta, pertanto, la solidarietà orizzontale diventa tutt'altro che una concezione accessoria al ristretto canone liberale di non nuocere agli altri<sup>117</sup>. Si tratta di una istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale. Essa si manifesta nel senso di condurre il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, a prescindere dai vincoli derivanti pubblici o da comandi dell'autorità<sup>118</sup>. In una parola: solidarietà scelta, non imposta.

Questa distinzione concettuale emerge, a dire il vero, da un cambiamento non tanto filosofico, quanto di tipo sociologico. Intendiamo il passaggio da gruppi piccoli di bassa complessità — oggi diremmo «comunità» — a forme più complesse di associazione<sup>119</sup>. La perdita dei legami fondati sull'attività personale e sulla partecipazione democratica dei cittadini rese inevitabile rafforzarli dall'alto; il che, però, comporta la perdita dell'elemento emotivo sul quale si basa l'unità che presuppone la solidarietà orizzontale. Caratteristica tipica dello Stato sociale, dunque, non è tanto che vi siano ideali od obblighi *morali* di sostegno dei bisognosi, ma piuttosto la giuridicizzazione e l'istituzionalizzazione del sostegno.

In questi termini, la politica sociale si distingue dal sostegno che avviene grazie ad un impegno solidale almeno dal punto di vista in cui si materializza l'aiuto. Le prestazioni sociali statali non vengono fornite dai cittadini impegnati che aiutano i loro concittadini bisognosi in base ad un sentimento di unione, bensì da apparati burocratici sulla base di leggi corrispondenti. Ovvero, la medesima prestazione che va considerata come un'azione solidale se è compiuta da individui volontariamente, direttamente e con impegno, viene trasformata in un mero atto amministrativo, qualora venga attribuita a un'istituzione statale e svolta da funzionari sulla base della legislazione vigente. Il pubblico ufficiale — detto in termini più plastici — non è solidale nei confronti dei cittadini che inoltrano una richiesta

---

del voto, ritenuto proprio un dovere di solidarietà politica, è — quantomeno in Italia — probabilmente l'esempio più paradigmatico. Si veda, A. MATTIONI, *op. cit.*, p. 27. Da un'altra prospettiva, vi è dottrina secondo la quale l'intervento attivo e diretto dello Stato, produttore di servizi di utilità per i cittadini, è, in un sistema democratico e costituzionale, una forma istituzionalizzazione della solidarietà orizzontale. Così, F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 215.

<sup>117</sup> Così, F. PIZZOLATO, *Dal personalismo alla fraternità*, in *La fraternità*, cit., p. 51.

<sup>118</sup> F. GIUFFRÈ, *Il rilievo giuridico della fraternità nel rinnovamento dello Stato sociale*, in *La fraternità*, cit., p. 121.

<sup>119</sup> Sul rapporto tra, da un lato, una solidarietà a fonte irrazionale coi gruppi piccoli e, d'altronde, una solidarietà a fonte razionale, voluta per motivi di prudenza o mero calcolo, caratteristica delle grandi società moderne, si veda il dettagliato studio di M. BAURMANN, *op. cit.*, pp. 55 e ss. Si veda anche, K. BAYERTZ, *op. cit.*, pp. 17-31, che distingue al riguardo tra una solidarietà «forte» e una «debole».

per il contributo per il canone d'affitto o l'assegno di disoccupazione. Altrettanto si può dire rispetto al pagamento delle imposte: non si agisce in modo solidale allorché paghiamo le tasse per finanziare queste prestazioni sociali<sup>120</sup>.

Proprio per questo, a nostro avviso, è esatto parlare di solidarietà solo laddove la prestazione d'aiuto avvenga volontariamente e in base a un sentimento di unione. Benché lo Stato sociale possa essere a buon diritto considerato l'equivalente funzionale delle reti solidali (familiari e del vicinato) di un tempo, parlare di «solidarietà» rispetto a prestazioni d'aiuto imposte dalle minacce dell'autorità non è altro che un eufemismo. Con la sua istituzionalizzazione la solidarietà viene ridotta a «quasi-solidarietà»<sup>121</sup>.

2.7. In base a questa distinzione è agevole avvertire a quale dimensione della solidarietà miri l'approccio istituzionale. Non è un caso, infatti, che anche a proposito della solidarietà verticale si parli appunto di solidarietà «istituzionale»<sup>122</sup>. La solidarietà che viene richiamata in quanto fondamento dello stato di necessità non sembra essere collegata al rilievo giuridico che deve assumere l'individuale e spontanea responsabilità del cittadino rispetto processi di integrazione sociale e di coesione politica della comunità<sup>123</sup>.

Di converso, la solidarietà alla quale fanno appello le teorie istituzionalistiche è proprio una solidarietà burocratizzata, cioè che in quanto agire statale — delegata in modo contingente al singolo che tollera l'invasione nella propria sfera — proviene dall'alto. Con questo vogliamo escludere la possibilità che s'ipotizzi un mutamento della natura della solidarietà — ovvero da una solidarietà verticale verso una di tipo orizzontale — derivata dal fatto che lo Stato non è arrivato in tempo. E ciò non solo perché si tratterebbe di una conclusione quanto meno forzata, ma soprattutto perché comporterebbe accettare che in ambito di antiggiuridicità vengano considerati i motivi che soggiacciono alla sfera morale del terzo innocente. Come vedremo più innanzi, la solidarietà orizzontale — spesso omologata al valore della fraternità — incide sulla teoria del reato per altra via.

<sup>120</sup> Così, tra gli altri, F. GIUFFRÈ, *Solidarietà*, cit., p. 5629.

<sup>121</sup> In questo senso, si veda la descrizione che ne svolge K. BAYERTZ, *op. cit.*, pp. 31-36. In termini ancora più severi, P. P. PORTINARO, *op. cit.*, p. XXVI, secondo il quale l'intervento statale può tradursi in una «colonizzazione clientelare dell'altruismo».

<sup>122</sup> Così, tra gli altri, E. ROSSI, *op. cit.*, p. 28, il che è stato pure esplicitamente detto da parte della dottrina. Così, tra gli altri, W. FRISCH, *op. cit.*, pp. 8 e 17.

<sup>123</sup> In questi termini, F. GIUFFRÈ, *op. cit.*, 5627.

Questa conclusione viene altresì confermata dal fatto che l'opporsi al superamento della necessità è penalmente vietato. All'interno della teoria del reato la solidarietà presuppone un rapporto non paritario tra i soggetti in questione, uno dei quali — lo Stato — è in grado di esigere da un altro, sotto la minaccia di sanzioni, la realizzazione di certe condotte<sup>124</sup>.

Orbene, da quanto è stato detto la teoria in esame è suscettibile almeno di due critiche, una di natura politica e l'altra di natura dogmatica. Sebbene si tratti di aspetti che, tutto sommato, si collegano tra di loro — sulla critica politica ci soffermeremo nel paragrafo successivo —, è importante sottolineare sin d'ora il limite dogmatico di quest'impostazione.

Genera perplessità il fatto di sostenere che il dovere di tolleranza non è altro che una estensione del dovere statale di correggere la distribuzione della fortuna e della sfortuna, mentre al contempo si intende lo stato di necessità come un istituto a carattere «interpersonale», cioè che coinvolge in modo esclusivo la persona necessitata e il danneggiato dalla necessità<sup>125</sup>. All'interno di questa teoria, convivono quindi due opzioni che si escludono a vicenda. In effetti, qualora si trattasse di un istituto interpersonale — aspetto mediante il quale si supera il presunto collettivismo inerente alla teoria del principio dell'interesse prevalente — il dovere di tolleranza non potrebbe emergere dalla richiesta di collaborazione che lo Stato rivolge al singolo per svolgere le sue funzioni. Questa incongruenza si apprezza soprattutto per il fatto che uno dei suoi principali fautori ritiene che lo stato di necessità «non è *solo* un avvenimento interpersonale»<sup>126</sup>.

In seguito, tenteremo di dimostrare come la base dogmatica di questo approccio in tema di stato di necessità abbia dei legami diretti, anche se non sempre dichiarati, con le riserve di carattere politico che si possono sollevare contro la cd. «solidarietà verticale», di cui ci

---

<sup>124</sup> Tratto essenziale di questa variante del concetto, come di recente sottolinea da una prospettiva non solo penale, M. BAURMANN, *op. cit.*, p. 55; K. BAYERTZ, *op. cit.*, p. 36. Molto chiara in questo senso, D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in VV.AA., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Una introduzione*, Torino, 2015, p. 102, secondo la quale «[i]n sede penale (...) il vincolo di solidarietà si esprime in condizioni asimmetriche e non in condizioni di immediata reciprocità: vi è sempre un soggetto debole rispetto ad uno forte, ed è a quest'ultimo che l'ordinamento chiede di adempiere precisi doveri inderogabili di solidarietà, la cui doverosità giuridica — oltre che morale — è sancita dalle sanzioni penali».

<sup>125</sup> Si veda *supra*, cap. I, § 3, 3.2.

<sup>126</sup> M. PAWLIK, *Solidaridad*, cit., p. 241, il corsivo è nostro. Tenendo conto della critica del presunto collettivismo della teoria dell'interesse prevalente, genera ancora più perplessità il fatto che l'Autore concluda in seguito che colui che adempie il dovere di tolleranza funge semplicemente da «stazione di transito» oppure, detto in termini più gentili, «come un rappresentante della generalità».

occuperebbero immediatamente nel paragrafo successivo.

### 3. *È compatibile la nozione di solidarietà verticale con un diritto penale liberale? Il personalismo e l'idea di fraternità.*

3.1. Il processo storico nel quale la solidarietà è stata talora assunta nelle forme dell'obbligo giuridico si è reso necessario per portare a maturazione il vincolo sociale, istituzionalizzandolo e stabilizzandolo. Il rischio che una scelta del genere porta con sé, tuttavia, consiste nello svuotamento e depotenziamento del concetto. Nelle società moderne i legami primari allentati, l'identificazione spontanea del singolo con la sua comunità — di carattere squisitamente morale — tendono naturalmente ad istituzionalizzarsi. Si perde quell'originario serbatoio etico con cui fu travasato nell'ordinamento. La solidarietà dell'immediatezza dei rapporti di prossimità cede spazio alla forma mediata, istituzionale<sup>127</sup>.

Ciononostante, come abbiamo già accennato, è stata proprio questa variante del concetto a imporsi all'interno della dogmatica penale.

Secondo i fautori del concetto, siffatto cambiamento si verifica in un contesto ancora più generale di mutamento integrale della teoria del reato. Ovvero — per dirla con Michael Pawlik — l'abbandono del pensiero astratto del bene giuridico in cambio di un modello incentrato su una delimitazione dinamica di ambiti di responsabilità personale orientato al mantenimento di uno stato di libertà<sup>128</sup>.

Non è un caso che la difesa di una solidarietà così intesa — cioè, istituzionalizzata, contenuta — nell'ambito della teoria del reato venga formulata dai critici della teoria del bene giuridico. In effetti, la tesi secondo cui essa è tutt'altro che un strumento utile per contenere gli eventuali eccessi del legislatore poiché toglierebbe al cittadino il suo spazio di libertà politica nel decidere un «ordine di prelazione» proprio, combacia perfettamente con la concezione secondo cui sarebbe la nozione di autonomia a guidare il modo di concepire

<sup>127</sup> Così, tra gli altri, F. PIZZOLATO, *Dal personalismo*, cit., p. 56; ID., *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 222; in un senso analogo, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Acerca del valor de la fraternidad en el Derecho penal*, in *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), N° 2, 2016, pp. 28.

<sup>128</sup> Così, di recente, M. PAWLIK, *Solidaridad*, cit., p. 232.



il diritto e le sue funzioni<sup>129</sup>. Detto altrimenti, la diffidenza nei confronti della teoria del bene giuridico — o, per meglio dire, nei confronti della nozione stessa di bene giuridico — è l'esito di un diritto concepito a partire dalla sua funzione di assicurare l'intangibilità dell'autonomia del singolo<sup>130</sup>.

Non è questa la sede più adatta per sviluppare una difesa del concetto di bene giuridico né per rilevare che l'obiezione contro di essa sia tutt'altro che una novità<sup>131</sup>. Al di là dei motivi che rendono ancora consigliabile svolgere la dogmatica a partire dalla nozione di bene giuridico — data la dimostrabilità empirica della sua lesione o messa in pericolo<sup>132</sup> — piuttosto che ragionare sulla base della sfuggente categoria di «ambiti di responsabilità personale»<sup>133</sup>, vi sono obiezioni di più ampia portata che possono essere sollevate contro l'approccio istituzionale della solidarietà.

3.2. Il principale motivo per cui tale approccio è suscettibile di riserve risiede nel concetto di diritto dal quale prende le mosse. Mediante la sopravvalutazione della nozione di sfera di autonomia, esso assume un carattere assai individualistico, trascurando il suo carattere intrinsecamente relazionale.

Come è noto, siffatto aspetto è stato difeso da diverse prospettive teoriche. A nostro parere, tuttavia, la spiegazione più solida — poiché, come vedremo, i suoi risultati sono

---

<sup>129</sup> Cfr. M. PAWLIK, *Ciudadanía*, cit., pp. 37-38 richiamando la filosofia di Spinoza. Questo aspetto, tra l'altro, si collega col primo sotto-principio che abbiamo analizzato in precedenza a proposito della nozione di sfera di autonomia, si veda *supra*, §1., 1.2. a).

<sup>130</sup> Sul concetto di diritto prefigurato a partire dalla sua funzione di far sì l'intangibilità delle sfere di autonomia, si veda *supra*, cap. I, §3. 3.2 (e bibliografia *ivi* citata) e §5. 5.3. Si veda, inoltre, *supra*, testo e nota 6.

<sup>131</sup> In effetti, gli attacchi contro la nozione non sono affatto recenti. Trascurando la crisi del concetto nei diritti penali di conio totalitario, la nozione fu contestata anche dai penalisti che svolsero il loro mestiere in contesti democratici. L'esempio più significativo in tale senso fu la perdita d'importanza che subì a causa del predominio che prese il disvalore di azione a discapito del disvalore di evento nella discussione penale tedesca degli anni cinquanta del XX secolo. L'esito di questa disputa ebbe serie conseguenze in tema di antigiuridicità materiale — categoria che non è neppure pensabile senza il richiamo al bene giuridico in quanto sintesi dei valori culturali — e, di conseguenza, sulla teoria delle cause di giustificazione non codificate. Tuttavia, il prezzo più alto di questa disputa concettuale (ma anche politica) fu la perdita di incidenza del metodo teleologico d'interpretazione della legge penale, che, per l'appunto, muove anche dalla nozione di bene giuridico. Si veda, tra gli altri, G. BETTIOL, *Bene giuridico*, cit., pp. 322 e 328; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 117 e ss.

<sup>132</sup> Così, sulla scia di Wittgenstein, J. TAVARES, *Bien jurídico*, cit., pp. 10-11 e 82 e ss.

<sup>133</sup> Persino negando la sua autosufficienza, come di recente sostiene un'autorevole dottrina. Si veda, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, pp. 146 e ss., secondo cui la teoria del bene giuridico può trovare nella cd. «teoria del danno» di origine anglosassone il complemento perfetto per diventare un presupposto ancora più adeguato al momento di decidere (o meno) criminalizzare certe condotte.

stati ratificati anche da altri campi del sapere — è il cd. «personalismo»<sup>134</sup>.

Questa corrente filosofica — sviluppatasi soprattutto in ambito francese nei primi decenni del XX secolo — si caratterizza per una contrarietà netta alle concezioni proprie dello Stato totalitario e dello Stato liberale individualistico<sup>135</sup>.

Dei primi rifiuta il fatto che la dignità del singolo venga condizionata dalla sua appartenenza ad un organismo più grande che lo trascende e alla cui prosperità egli deve asservire la propria esistenza individuale. In quanto esaltazione dell'appartenenza, le forme di comunitarismo chiuso — nella versione italiana, ad esempio, incarnata dal fascismo — sono l'antitesi del personalismo, non la sua realizzazione<sup>136</sup>.

Il personalismo, d'altronde, si distacca chiaramente dall'individualismo, il quale muove da una concezione dell'«io» come di una realtà isolata, originariamente separata dal mondo e dagli altri «io». Nelle sue diverse modalità, ma soprattutto nelle sue manifestazioni concrete, l'individualismo comporta l'isolamento dell'uomo, la sua contrazione morale, storica e metafisica. Come è stato detto da un autorevole filosofo cileno, «nell'individualismo l'individuo si rinchiude, si incasella in sé; cancella le vie di comunicazione con gli altri. Siccome non si verifica in lui l'esperienza del confronto e della polarità col prossimo — il che consente l'esaltazione del sentimento della propria esistenza — riduce il suo mondo e, senza saperlo, la sua individualità»<sup>137</sup>. Insomma: il personalismo

---

<sup>134</sup> Il personalismo affonda le sue radici in alcuni spunti della filosofia aristotelica e tomista. Durante il XIX secolo fu accolta e sviluppata dalla dottrina sociale della Chiesa, ma anche dai autorevoli pensatori anarchici, come Tolstoj, che proprio a proposito delle nefaste conseguenze dello strumento penale, ritenne che il più efficace antidoto contro di esso consiste nella coltivazione del sentimento di unione con tutti gli uomini. Sul pensiero dello scrittore russo, si veda J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., pp. 86-87. Durante il XX secolo, la fisionomia del personalismo diventa ancora più nitida grazie al contributo della filosofia francese — guidata, tra gli altri, da Emmanuel Mounier e Jacques Maritain — le cui dottrine furono importante fonte di ispirazione per parte importante dell'Assemblea Costituente italiana (si pensi al caso di Dossetti, La Pira e Moro). Si veda F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 215; ID., *Dal personalismo*, cit., p. 48.

<sup>135</sup> Così, tra gli altri, A. COSSEDU, *El horizonte del Derecho «lugar» de las relaciones*, in AA.VV., *Fraternidad y justicia*, Granada, 2012, p. 45; J. MILLAS JIMÉNEZ, *Idea de la individualidad*, Santiago del Cile, 2009, p. 181, secondo cui l'enunciato che il personalismo dà al suo ideale di vita storica si sintetizza nel modo seguente: «collettività di persone, socialità che non implica impersonalizzazione». Una conclusione del tutto analoga si trova nel pensiero di M. E. MAYER, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 208, quando ritenne che per trattare il diritto in sé bisogna mettere al centro l'idea di comunità, «senza che questo implichi dimenticarci degli uomini concreti, i quali non sono atomi della vita sociale, ma piuttosto forze efficienti della stessa; fattore di realizzazione e non di dissoluzione della vita sociale».

<sup>136</sup> F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 215; ID., *La fraternità come trama delle istituzioni*, in *Aggiornamenti sociali*, marzo 2013, p. 201.

<sup>137</sup> J. MILLAS JIMÉNEZ, *Idea de la individualidad*, cit., p. 180; in un senso analogo, ancora, F. PIZZOLATO, *Dal personalismo*, cit., p. 48.

in quanto teoria dell'uomo parte dalla premessa dell'indissolubilità di corpo e spirito.

La citazione precedente contribuisce a comprendere come il personalismo abbia assunto una posizione assai critica nei confronti del patrimonio filosofico-culturale dell'individualismo — «il suo più diretto avversario»<sup>138</sup> —, che trova in Hobbes il più insigne teorico.

Basandosi sul presupposto culturale ed antropologico che ebbe le sue radici nel *cogito* cartesiano — cioè all'idea dell'autopercezione del soggetto in quanto individuo che si costruisce un'identità a prescindere dagli altri e da un tessuto di relazioni — Hobbes difese l'idea tipicamente giusnaturalistica secondo cui tutti gli uomini nascono liberi, uguali ed indipendenti<sup>139</sup>. Per dirla con lo stesso Hobbes in termini ancora più evocativi, lo Stato moderno si regge sull'ipotesi secondo cui tutti gli uomini sono venuti all'improvviso a guisa di funghi, dalla terra, e già adulti, senza alcun obbligo reciproco<sup>140</sup>. In base a tale approccio, la libertà, oltre a diventare un assioma, è il modo in cui si manifesta l'indipendenza umana, la quale esclude i rapporti ed i legami. Essi nascono solo in forza di atti di volontà e di contratti<sup>141</sup>. La società diventa il frutto successivo ed eventuale di un libero atto di volontà (un *contratto*) stipulato tra individui liberi, indipendenti ed uguali. I diritti naturali godono, dunque, di una formazione autonoma, tutta razionalistica ed astratta e, in quanto tale, logicamente anteriore allo stesso fenomeno giuridico, che è invece propriamente sociale e dunque essenzialmente volontaristico.

Sotto questo profilo, per quanto paradossale possa apparire, i diritti vengono prima della società e pertanto assumono una vocazione assolutistica, cioè non accettano in nessun caso le limitazioni o mediazioni che emergono dai rapporti sociali<sup>142</sup>. Il Leviatano, che muove dall'incapacità umana di convivere, entra in gioco proprio per imporre agli individui l'immunizzazione dal rapporto con l'altro da sé. Solo in questi termini diventerebbe possibile la vita e la sicurezza. Come rivelato, è proprio questa la base filosofica su cui si fondano quegli ordinamenti che riducono al minimo i cd. «doveri positivi». Questi ultimi,

<sup>138</sup> E. MOUNIER, *Il personalismo* (a cura di G. CAMPANINI, M. PESENTI), Roma, 2014, p. 59.

<sup>139</sup> F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, pp. 215-216; ID., *Il principio costituzionale di fraternità*, Roma, 2012, p. 111.

<sup>140</sup> F. PIZZOLATO, *La fraternità come trama delle istituzioni*, cit., p. 203. La cita è tratta da *Elementi filosofici sul cittadino*, curata da Norberto Bobbio.

<sup>141</sup> F. PIZZOLATO, *La fraternità come trama delle istituzioni*, cit., p. 203.

<sup>142</sup> F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 217.

come abbiamo visto precedentemente, sono ritenuti come limiti esterni diretti contro sfere di libertà per natura inviolabili.

Ebbene, il personalismo rigetta alla radice questo universo concettuale. Il carattere assoluto che viene attribuito da quest'impostazione alla libertà è raggiungibile solo mediante una costruzione artificiale e razionalistica che dimentica le sue radici. Gli uomini non derivano dalla terra, all'improvviso e già adulti. Per dirla con una frase attribuita a Mounier: «io non sono affatto un cogito aereo e sovrano, librato nel cielo delle idee, ma sono quest'essere greve (...): io sono un io-qui-adesso-così-fra questi uomini-con questo passato»<sup>143</sup>.

All'opposto, il personalismo prende le mosse da una concezione della dignità — questa sì naturale ed originaria — basata sull'intrinseca debolezza e fragilità della persona umana. Lungi dall'essere illuministicamente concepita in termini di autonomia individuale o in chiave di autodeterminazione — il che, tra l'altro, ne precluderebbe, se espressi solo col linguaggio dei diritti, il riconoscimento nei confronti dei soggetti incapaci di scelta —, la dignità comporta il riconoscimento dell'altro da sé come parte di sé. Il modo in cui la dignità si sostanzia implica coniugare la libertà con la responsabilità verso l'altro. Diversamente da quanto ritenne Hobbes, l'appartenenza ad una comunità è elemento costitutivo e strutturale dell'identità umana, non un dato accessorio o una scelta eventuale di tipo volontaristico<sup>144</sup>. Parafrasando Jorge Millas, «nel personalismo (...) l'uomo ha bisogno degli altri individui, ora per ridurre la sua solitudine, ora per accrescere la pienezza della sua coscienza mediante la consegna generosa, che è proprio il modo di ampliare l'esistenza e dare al proprio essere un senso morale»<sup>145</sup>.

Questa concezione della dignità muove dalla naturale socialità e politicità della persona. Si tratta, del resto, di una premessa che è stata ampiamente confermata a livello

<sup>143</sup> F. PIZZOLATO, *Dal personalismo*, cit., p. 45.

<sup>144</sup> F. PIZZOLATO, *Dal personalismo*, cit., p. 53; ID., *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, p. 218. Nell'impostazione di Millas Jiménez, la dignità umana — o, per dirla con le sue parole, «la concreta spiritualità di ogni individuo» o «l'essenza di ciò che siamo» — non si realizza unicamente nella solitudine voluta, ma anche attraverso la solitudine resistita. Ovvero, non solo nel vedere se stesso, ma anche nel confrontarsi con gli altri; non solo nella solitudine, ma nella compagnia. In sintesi — conclude —, l'individualità perfetta si verifica a partire dalla coniugazione dello proprio con lo strano. J. MILLAS JIMÉNEZ, *Idea de la individualidad*, cit., pp. 151 e ss., e 181. Alla stessa conclusione, da diverse prospettive filosofiche, arrivarono Fichte e Scheler, come recentemente spiega J. L. GUZMÁN DALBORA, *Acerca del valor de la fraternidad*, cit., p. 27, note 19 e 20.

<sup>145</sup> *Idea de la individualidad*, cit., p. 180.

antropologico e persino psichiatrico. In effetti, l'isolamento dalla società umana può generare gravi disturbi psicopatologici. Prova di ciò è che una parte considerevole dei soggetti psicologicamente anormali è asociale<sup>146</sup>. Secondo l'ottica antropologica personalistica, di converso, l'identità umana — secondo questo approccio, *situata*, cioè inserita in un sistema strutturato e solidale di relazioni sociali — si costruisce solo nella relazione sociale con l'altro da sé, nell'appartenenza storica e nel radicamento culturale. L'identità umana, pertanto, non emerge dal nulla, ma è una conquista che si ottiene proprio dal rapporto con gli altri. Questo, che rileva anche rispetto agli individui apparentemente più forti e più indipendenti, implica che non si possa non riconoscere un debito — un *debito antropologico*, se si vuole — nei confronti delle varie articolazioni della comunità, a cominciare dalla famiglia. Detto altrimenti, non sono l'autonomia e l'indipendenza a caratterizzare l'uomo, ma, al contrario, la sua strutturale dipendenza o interdipendenza<sup>147</sup>.

3.3. Ebbene, il fatto che certe impostazioni ritengano che il diritto costituisce un «luogo» nel quale si sviluppano rapporti umani è un chiaro esempio dell'impatto che ebbe il personalismo in ambito giuridico<sup>148</sup>. In tal senso, la vita quotidiana è una fonte di esempi che confermano la forte presenza del diritto in quanto disciplina astratta di *rapporti*.

Il carattere astratto della legge, del canto suo, dimostra inequivocabilmente che il diritto non può essere ridotto ad una separazione tra ciò che è «tuo» e ciò che è «mio». Anzi, l'astrazione della legge — il che, del resto, costituisce un principio basilare di una tecnica legislativa minimamente ragionevole — non fa che confermare che esso è, a ben vedere, uno strumento mediante il quale riconosciamo l'altro, assicurando in tal modo una pacifica convivenza. Dal momento che il diritto «non è fatto per me o per te, ma per tutti gli uomini», l'astrazione della legge ci consente di ritenere che vi sia, per così dire, una sorte

---

<sup>146</sup> Cfr. J. L. GUZMÁN DALBORA, *Acerca del valor de la fraternidad*, cit., p. 27, nota 19, richiamando Karl Jaspers e sottolineando che siffatta constatazione acquista un valore addizionale dal momento che viene fatta da uno psichiatra che aderì alla filosofia esistenzialista.

<sup>147</sup> F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 217-219; ID., *Dal personalismo*, cit., p. 45. Come acutamente sostiene la filosofa cilena Carla Cordua, curatrice dell'opera di Millas citata in precedenza, l'individualità in senso personalista «non è un dono naturale che si riceve di regalo. Al contrario, si tratta di un compito arduo, sempre difficile da raggiungere e minacciato dappertutto in questo mondo della massificazione moderna». Si veda, *Prólogo*, in *Idea de la individualidad*, cit. p. 11. Questa tesi è esposta dall'Autore a p. 34 («l'individualità è un dramma; non è mai fatta definitivamente; si fa continuamente»).

<sup>148</sup> I pilastri fondamentali del modo in cui vengono conciliati il personalismo e il diritto furono lucidamente sintetizzati da E. MOUNIER, *op. cit.*, pp. 149-153, in cui parla di una «teoria personalistica del potere».

minimamente comune<sup>149</sup>.

Da una prospettiva di più ampia portata — sulla quale, beninteso, non possiamo soffermarci qui — proprio in base a quest'impostazione è stata proposta una rilettura totale del diritto penale. Basti pensare solo alle conseguenze dogmatiche che avrebbe una ridefinizione del reato come la negazione del dialogo umano sul quale si regge la società oppure come un modo attraverso cui un essere umano sceglie — dalla prospettiva della comunità alla quale appartiene — l'anomia, la solitudine. Da una siffatta prospettiva, una parte considerevole dei concetti penali — si pensi solo alle modalità delle pene o al processo penale nella sua interezza — dovrebbero subire un ripensamento<sup>150</sup>.

Al di là di queste considerazioni, ciò che interessa sottolineare è l'incompatibilità tra la solidarietà istituzionale ed un diritto concepito in questi termini. Quella, in effetti, rende possibile che si faccia del bene ad altri pur mantenendo una posizione di forza, una relazione appunto verticale che va dal forte al debole, rendendo possibile un rapporto di potere che ben può essere funzionale a mantenere tale disparità<sup>151</sup>.

3.4. Un concetto del genere, in effetti, non può essere compatibile con l'idea di «umanità». Ecco il motivo per cui nel capitolo precedente abbiamo escluso la possibilità che la solidarietà istituzionale — nella quale se ormai non vi è il consolidamento di un rapporto di potere, quantomeno essa vi soggiace in maniera latente<sup>152</sup> — costituisca il valore che sta alla base dell'interesse prevalente in quanto norma di cultura<sup>153</sup>.

Per dimostrare siffatta incompatibilità è assai istruttivo il concetto che di umanità propone

<sup>149</sup> Così, tra gli altri, A. COSSEDDU, *op. cit.*, pp. 27-28, richiamando Piero Calamandrei.

<sup>150</sup> A. COSSEDDU, *op. cit.*, p. 34; all'interno di impostazioni del genere si svolge tutta la teorizzazione sulla cd. giustizia riparativa. Sul presunto fine riparativo della pena, si veda, di recente, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, pp. 3 e ss.; J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., pp. 183 e ss.; da una prospettiva più generale, M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale*, N° 2, 2015, pp. 236 e ss.

<sup>151</sup> Così, tra gli altri, A. M. BAGGIO, *La riscoperta della fraternità nell'epoca del Terzo '89*, in *Il principio dimenticato*, cit., pp. 21-22; ID., A. M. BAGGIO, *Fraternità o solidarietà? Il ritorno di un dibattito antico*, in *Nuova umanità*, in: <http://nuovaumanita.cittanuova.it/contenutoNUnews.php?idContenuto=333563>, 1 ottobre 2017; J. L. GUZMÁN DALBORA, *Acerca del valor de la fraternidad*, cit., p. 28, richiamando Michel Borgetto, autore dell'opera probabilmente più completa in merito (*La notion de fraternité en droit public français*, Parigi, 1993) nella quale si trova, per l'appunto, una critica assai acuta contro l'idea di solidarietà, incapace, secondo l'Autore (pp. 583 e ss.) di contrastare gli effetti del razzismo, intolleranza e l'eterofobia in generale, diversamente da quanto capita con la fraternità.

<sup>152</sup> «Il potere (...) sotto qualsiasi forma, è fatalmente corruttore ed oppressivo», scrisse E. MOUNIER, *op. cit.*, p. 150.

<sup>153</sup> Si veda *supra*, cap. I, § 5, 5.4.

Max Ernst Mayer: «l'umanità consiste nel rompere mentalmente tutti i vincoli degli uomini a società storicamente date, per non ammettere altro che l'appartenenza alla società umana o, come pure si suole dire, non attribuire alcun valore ai condizionamenti nei quali consiste l'esistenza di ogni essere sociale, e riconoscere il massimo valore alla dignità della persona in quanto tale. L'umanità proclama ed esige l'uomo in sé»<sup>154</sup>.

Si tratta, beninteso, di un concetto dal quale si possono trarre numerosi spunti. Ai nostri fini, tuttavia, basta sottolineare che il mero riferimento all'«appartenenza alla società umana» e — soprattutto — il riferimento all'«essere sociale» è sufficiente per dimostrare la vicinanza tra l'idea di umanità e il diritto inteso in senso personalistico<sup>155</sup>. Ciò spiega, inoltre, come siffatta prossimità si estenda a uno dei valori centrali del personalismo giuridico, la «fraternità», la quale presenta notevoli differenze rispetto alla solidarietà verticale o istituzionale<sup>156</sup>.

La fraternità — talvolta denominata «solidarietà orizzontale» — esige il rapporto orizzontale, la condivisione dei beni e dei poteri; ha in sé una capacità critica radicale, che spinge verso l'aiuto reciproco tra soggetti diversi ma di pari dignità<sup>157</sup>. Nonostante il fatto che la solidarietà possa comportare adesione ad uno scopo altrui — il quale è però sempre contingente —, non esprime la simpatia e la considerazione verso l'altro. Perciò, una volta istituzionalizzata, tende alla burocratizzazione ed alla disumanizzazione<sup>158</sup>.

Il modo in cui la fraternità — la cui origine religiosa è incontestabile<sup>159</sup> — si avvicina al

<sup>154</sup> *Filosofía del Derecho*, cit., p. 191. Versione tratta dalla traduzione di Gabriele Fornasari (cfr. J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 197). La validità del concetto, al quale possono essere ricondotte non pochi istituti penali, è stata difesa di recente da G. FORNASARI, J. L. GUZMÁN DALBORA, *La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia*, in *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), N° 2, 2015, pp. 9-13.

<sup>155</sup> Questa conclusione viene confermata dallo stesso Mayer allorché descrive il rispetto e la bontà come presupposti dell'agire umano mediante il quale si raggiunge l'umanità in quanto idea del diritto. Cfr. *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 208-209, in cui si legge: «padrone e domestico, maestro e discepolo, uomo e donna, anche l'amicizia: tutte queste comunità, come qualsiasi altra, non sono più che un mero completarsi, una comunità transitoria, se al loro interno non impera il rispetto alla umanità». Il corsivo è nostro.

<sup>156</sup> Paradigmatico in tal senso, A. M. BAGGIO, *Fraternità o solidarietà? Il ritorno di un dibattito antico*, in *Nuova umanità*, in: <http://nuovaumanita.cittanuova.it/contenutoNUnews.php?idContenuto=333563>, 1 ottobre 2017.

<sup>157</sup> Così, tra gli altri, A. M. BAGGIO, *La riscoperta della fraternità nell'epoca del Terzo '89*, in *Il principio dimenticato*, cit., pp. 21-22.

<sup>158</sup> Così, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Acerca del valor de la fraternidad*, cit., p. 28.

<sup>159</sup> Il che non rappresenta, beninteso, un scoglio che impedisca di diventare poi concetto giuridico. Sul punto si veda, tra gli altri, A. M. BAGGIO, *Fraternità o solidarietà*, cit.; A. MATTIONI, *op. cit.*, p. 25; J. L. GUZMÁN DALBORA, *Acerca del valor de la fraternidad*, cit., p. 25 e nota 13, in cui, oltre ad obiettare le riserve di Norberto Bobbio rispetto al concetto di fraternità per questo motivo, offre esempi assai illuminanti in merito.

mondo del diritto, si concretizza mediante l'interpretazione di questo come un strumento per mettere ordine ai rapporti sociali. Il diritto entra così in rapporto dialettico con tutte quelle risorse che, all'interno della società, contribuiscono a ordinare le relazioni secondo un'idea di bene comune, tra cui si trovano, per l'appunto, i comportamenti ispirati alla fraternità. In questi termini, il valore della fraternità opera come strumento di riconoscimento pubblico di comportamenti e legami che — pur non integralmente giuridicizzati e giuridicizzabili — conferiscono consistenza al rapporto sociale ed offrono all'ordinamento giuridico un'infrastruttura essenziale su cui reggersi<sup>160</sup>.

La logica che sembra ispirare il principio di fraternità è il convincimento circa il carattere originario, per la persona, del legame con gli altri da sé. La fraternità parte da un presupposto: l'essere (come) fratelli. Ciò comporta, dunque, rifiutare un diritto basato sull'isolamento di uomini che stanno sulla difensiva<sup>161</sup>. Diversamente da quanto sostenne Hobbes, in origine vi è il «legame», presupposto indispensabile della libertà. L'ordinamento ispirato alla fraternità non prende l'avvio da un «io» isolato e già confezionato, che poi, obbedendo a una volontà mutevole, decide di aprirsi a dei «tu», tutt'altro. Muove da un «io» che si percepisce e si costituisce entro una trama di rapporti con altri «tu» che lo accolgono e lo accompagnano nel corso della vita. All'interno di questo reticolo, in cui l'uomo svolge la propria personalità e trova fondamento l'articolazione di formazioni sociali ed istituzioni, scorre la fraternità<sup>162</sup>. Il riconoscimento giuridico alle formazioni sociali in quanto spazio nel quale si verificano rapporti fraterni è un chiaro esempio del modo in cui la solidarietà pubblica o verticale — caratteristica degli cd. Stati sociali — si alimenta della fraternità, nella quale trova un alleato e un complemento necessario.

È proprio questa la logica presente negli Stati ispirati ad un principio di sussidiarietà inteso non quanto «alternativa o contrapposizione tra azione pubblica (istituzionale) e azione privata (sociale)» ma come «il riconoscimento della strutturale, reciproca incompletezza tra società e istituzioni»<sup>163</sup>. L'ordinamento giuridico presuppone una sfera di

<sup>160</sup> F. PIZZOLATO, *La fraternità come trama delle istituzioni*, cit., pp. 200-201.

<sup>161</sup> Trattati fondamentali sui quali si strutturò le società borghese occidentali tra il XVIII ed il XIX secolo. Così, E. MOUNIER, *Il personalismo*, cit., pp. 58-59.

<sup>162</sup> Cfr. F. PIZZOLATO, *La fraternità come trama delle istituzioni*, cit., p. 204.

<sup>163</sup> F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità*, cit., pp. 50-60; ID., *La fraternità come trama delle istituzioni*, cit., p. 205. Non intendiamo qui sacralizzare la storia della fraternità in quanto concetto politico.



comportamenti e relazioni fraterne e la invoca come propria necessaria sostanza etico-relazionale; insieme, esso cerca di istituzionalizzare questa sfera, in misura però parziale, in modo da non svuotarne la motivazione, ma di promuovere il rilievo pubblico.

Quando si verifica l'incidenza della fraternità in ambito giuridico, il diritto si arricchisce dal punto di vista delle sue funzioni. Da un mero strumento di coordinamento tra sfere di autonomia, diventa un mezzo tramite il quale le contraddizioni tra libertà e uguaglianza vengono risolte o quantomeno controllate<sup>164</sup>.

3.5. Dal momento che la fraternità muove dalla necessità del rapporto umano e, innanzitutto, si materializza in atti concreti, non vi sono ostacoli per ritenerla come l'umanità messa in moto. Secondo Mayer l'umanità non è la finalità del diritto, bensì «l'idea del diritto». Ciò significa che — in quanto *idea* — non è fattualmente raggiungibile, ma solo suscettibile di essere pensata<sup>165</sup>. Questa caratteristica, invece, è propria degli «ideali», cioè dei motivi che ispirano l'azione concreta degli uomini, e che, nell'impostazione mayeriana, si traducono nei valori culturali<sup>166</sup>. Analogamente al rapporto che si verifica tra il divino e l'umano oppure tra l'idea e la realtà, così si manifesta il confronto tra l'umanità e i valori culturali.

Ebbene, in base al concetto di umanità che abbiamo utilizzato, è ipotizzabile sostenere che la fraternità, poiché rimane immune ad ambizioni di primato, divenga «un sottoprodotto

---

Questa, invece, deve assumere la deformazione di cui fu oggetto quando fece ingresso nell'arena politica. La ostilità storica dei rivoluzionari nei confronti delle formazioni sociali (la opinione di Rousseau in merito è eloquente) fece diventare la fraternità uno strumento di sostegno da parte dello Stato ai cittadini indigenti, impedendola formazione di spazi pubblici autonomi indipendenti, rispetto ai quali si aveva il sospetto di rafforzare l'appartenenza a collettività intermedie a scapito della collettività nazionale. Si veda, tra gli altri, A. M. BAGGIO, *La fraternidad como categoría política*, in *Fraternidad y justicia*, cit., pp. 3-18 e, in particolare, 9 e ss., in cui descrive acutamente la cd. «fraternità giacobina»; A. DOMÈNECH, *La metáfora de la fraternidad republicano-democrática revolucionaria y su legado al socialismo contemporáneo*, in *Revista de Estudios Sociales*, N° 46, 2013, pp. 14-23; J. L. GUZMÁN DALBORA, *Acerca del valor de la fraternidad*, cit., p. 24-26; I. MASSA PINTO, *op. cit.*, pp. 7 e 25; M. OZOUF, *Fraternità*, in F. FURET, M. OZOUF (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Milano, 1988, pp. 657-666; F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 226.

<sup>164</sup> Così, tra gli altri, A. SQUELLA, *Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, p. 262.

<sup>165</sup> Se l'umanità fosse realizzabile sul piano fattuale — ritiene Mayer — sarebbero finite le guerre e, in generale, tutte le inimicizie internazionali. Proprio perciò l'Autore considera che il pacifismo è un buon esempio di confusione tra idea e ideale. Cfr. *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 201-202.

<sup>166</sup> *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 194-196.

dell'umanità» oppure «la logica conseguenza» di essa»<sup>167</sup>. Anzi, è assai sintomatico del senso che esprime questa tesi il fatto che lo stesso Mayer abbia concluso che l'umanità, in quanto idea del diritto, è raggiungibile in quanto gli uomini agiscano con rispetto e bontà tra di loro<sup>168</sup>.

3.6. Ciò premesso e riprendendo quello che abbiamo anticipato nel capitolo precedente: esclusa la possibilità di ricondurre al valore «solidarietà» la norma di cultura che soggiace al principio dell'interesse prevalente, è mediante una concezione personalistica del diritto che diventa possibile affermare che, invece, è proprio la fraternità a occuparne il posto.

Un diritto di stampo personalista nega la assolutezza dei diritti. Questa massima — logica conseguenza, a sua volta, del rifiuto della tesi del carattere aprioristico della libertà — prende le mosse dal riconoscimento di un continuo intrecciarsi dei diritti tra loro e con le esigenze sociali. Dal momento che la società non è più concepita come un insieme di soggetti giustapposti, ma una comunità chiamata a realizzare una vita in comune, il conflitto diventa parte del diritto stesso.

Ciò consente di comprendere, dunque, come il bilanciamento dei diritti venga considerato parte della fisionomia della vicenda dei diritti e, al contempo, «un luogo privilegiato di invero del personalismo e della conseguente fraternità». Detto altrimenti, il luogo sul quale avviene la composizione fraterna dei diritti<sup>169</sup>.

Si tratta, però, di un bilanciamento che non è neutrale. Questa premessa vale sia per il bilanciamento che svolge il legislatore (o eventualmente il giudice costituzionale), sia per quello che esegue il giudice ordinario al quale spetta decidere un caso di stato di necessità<sup>170</sup>. Al di là delle evidenti differenze a livello metodologico tra la ponderazione che esegue l'uno e l'altro — si pensi all'astrazione, portata ed effetti giuridici concreti che da essa scaturiscono — in entrambi i casi essa si schiera a favore della parte debole del conflitto, il che ben può riflettere una lettura della dignità in chiave di fragilità e debolezza. In questi termini, pertanto, ed alla luce delle libertà individuali, i meccanismi legislativi e

<sup>167</sup> Così, di recente, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Acerca del valor de la fraternidad*, cit., p. 28.

<sup>168</sup> Cfr. *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 208-210.

<sup>169</sup> F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 224-225; F. PIZZOLATO, *Dal personalismo*, cit., pp. 51-52.

<sup>170</sup> Sui diversi tipi di bilanciamento, si veda, *supra*, cap. I, § 2., 2.2.

giurisdizionali del bilanciamento mirano ad evidenziare le ragioni della comunità — le loro norme di cultura, se si vuole — e, dentro di essa, le ragioni dei più deboli<sup>171</sup>.

In altre parole, l'esito della ponderazione viene a consolidare un rapporto di carattere fraterno, nel quale Stato agisce come ordinamento giuridico e non come soggetto attivo. Questa conclusione rende ancora più rilevante il significato che abbiamo attribuito precedentemente alla cd. «adeguatezza dell'azione», cioè come un invito a valutare oggettivamente le circostanze personali dei soggetti coinvolti nella situazione concreta oppure come un modo aggiuntivo di assicurare l'obbligo del giudice di constatare che la dignità umana non sia stata lesa nel caso concreto<sup>172</sup>.

#### 4. *Bilancio critico.*

4.1. Nonostante le differenze specifiche che vi sono tra le diverse teorie sulla solidarietà in tema di stato di necessità, l'elemento che le accomuna risiede nell'evidenziare i problemi di legittimazione dello stato di necessità all'interno di una certa maniera di concepire il diritto. Tutte queste impostazioni costituiscono, in effetti, un tentativo di rendere spiegabile un istituto che sembra, in linea di principio, quantomeno problematico. Questa problematicità, però, presuppone di assumere un concetto di diritto che nell'ultima parte di questo capitolo abbiamo tentato di confutare. Il diritto non può limitarsi ad essere inteso quale meccanismo orientato a garantire l'intangibilità delle sfere di autonomia. Non ammettere il suo carattere eminentemente relazionale sfocia in una sopravvalutazione dell'autonomia individuale che, in termini dogmatici, può produrre conseguenze indesiderabili.

In effetti, abbiamo visto come da una lettura estrema dell'autodeterminazione degli interessi individuali si finisce per difendere una rilettura della teoria del reato che muove non dalla teoria del bene giuridico, ma da altre categorie assai inafferrabili. Come abbiamo

---

<sup>171</sup> Cfr. ancora, F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 225; più dettagliatamente, con esempi di giudizi in questa direzione dalla Corte costituzionale italiana, ID., *Il principio costituzionale di fraternità*, cit., pp. 120-146.

<sup>172</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 2., 2.3., b) e § 5., 5.3.

accennato nel capitolo precedente, quando si tenta, ad esempio, di costruire una teoria del reato a partire da nozioni quale quella di «ambiti di responsabilità», è altamente probabile cadere in forme di responsabilità oggettiva, il che non può che essere ritenuto inaccettabile in un diritto penale liberale. Questo si apprezza, ad esempio, nelle teorie più estreme dello stato di necessità giustificante difensivo<sup>173</sup>.

Al di là di questa considerazione, il valore delle teorie analizzate in quanto veri e propri tentativi di fondare la solidarietà è altresì discutibile. Nessuno di questi approcci si fa carico dei pilastri fondamentali della solidarietà, ovvero della sua origine etica e del modo in cui diventa principio giuridicamente vincolante<sup>174</sup>. L'esempio più chiaro in questo senso è rappresentato dalle cd. teorie decisionistiche — il cui status di *teoria* in quanto tentativo di spiegare qualcosa è, tra l'altro, piuttosto opinabile —, ma anche le altre due impostazioni non dispongono di questo aspetto. Anzi, nel caso della teoria contrattualistica della solidarietà questo viene completamente ignorato quando la solidarietà diventa una scelta di tipo razionalistico ispirata alla prudenza o, peggio ancora, al calcolo utilitaristico. Ciononostante, sia la teoria istituzionale sia — in particolare — quella decisionistica, hanno un merito di carattere metodologico. Entrambe inducono il dogmatico ad affrontare l'istituto «sistematicamente», cioè tenendo conto dell'insieme di norme che, al di fuori della disciplina penale, riconoscono il carattere solidaristico dello Stato di cui trattasi.

4.2. La solidarietà come idea all'interno del fenomeno punitivo va oltre lo stato di necessità. Ma a seconda dell'ambito che viene in rilievo, il tipo di incidenza cambia. Quando si parla di solidarietà all'interno della teoria del reato e, in particolare, a proposito dello stato di necessità, lo si fa una volta che la solidarietà sia diventata la fonte di doveri il cui inadempimento genera conseguenze giuridiche. Le conseguenze giuridiche, che nel caso del diritto penale si traducono in pene, rappresentano un aspetto essenziale di ciò che abbiamo individuato con il termine «solidarietà verticale».

<sup>173</sup> Cfr. *supra*, cap. I, §2., 2.3. c)

<sup>174</sup> Questa lacuna è stata in qualche modo riconosciuta da J. WILENMANN VON BERNATH, *La justificación*, cit., pp. 83-84; ID., *El fundamento*, cit., 238-239. L'Autore, infatti, riconosce esplicitamente che tutto il dibattito sulla solidarietà dipende in buona sostanza da paradigmi e scelte di carattere politico e filosofico. Per dirla in base alla sua distinzione, tutta la vicenda si riconduce al dilemma tra una concezione liberale-contrattualistica della solidarietà oppure una di conio più «sociale», nella quale solidarietà e libertà integrino un solo concetto.

La trasformazione del concetto — da concetto morale a concetto giuridico — è stata possibile mediante il suo passaggio attraverso l'arena politica, contesto nel quale esso fu tutt'altro che chiarito. L'uso del concetto da parte dei movimenti operai e l'uso che ne diedero i difensori dello Stato sociale ne è la prova più eloquente. Le difficoltà si presentano anche in ambito intellettuale. I differenti significati che all'interno di una stessa tradizione filosofica si apprezzano è probabilmente uno dei motivi che rende spiegabile la diffidenza con la quale è stata analizzata in ambito giuridico.

Infine, abbiamo visto come questa diffidenza riflette anche sostanzialmente la nefasta attuazione che i totalitarismi hanno dato al concetto. I totalitarismi del XX secolo eliminarono qualsiasi connotazione liberale del concetto. La solidarietà divenne, per contro, inseparabilmente legata al comunitarismo in quanto *praxis* politica che trascura l'individualità dell'uomo.

Nonostante la drammatica eredità politica che lasciarono il nazismo tedesco e il fascismo italiano, un aspetto da conservare fu che in questo periodo divenne più evidente il rapporto tra solidarietà ed i cd. «doveri positivi». Ovvero, fu proprio in questo contesto che la dogmatica smise in forma più o meno sistematica di associare questi ultimi a doveri che fenomenologicamente si manifestavano mediante azioni.

Stabilite le basi sulle quali si svolse da allora in poi la discussione dogmatica sui doveri positivi — che diventò fondamentale in tema, ad esempio, di omissione — la caduta dei totalitarismi consentì di riprendere il dibattito anche a livello giuridico-filosofico. Il modo in cui i giuristi e filosofi del dopoguerra rifletterono attorno alla solidarietà — non potendo che ricordare la nefasta esperienza recente — costituì un evento intellettuale assai stimolante. In questo contesto ebbe luogo ciò che potremmo denominare la «teoria contemporanea della solidarietà», la quale si svolse non solo sul piano giuridico (la cui sede per antonomasia è il diritto costituzionale), ma soprattutto su quello politico e sociologico. Tutta la teorizzazione rispetto alle differenze tra una solidarietà verticale ed orizzontale si svolge in questi ambiti.

Perciò non è possibile neppure ipotizzare che vi sia una sorta di teoria della solidarietà «penale». Anzi, è stato questo *deficit* a contribuire, da un lato, ad un uso piuttosto superficiale o decisamente impreciso di esso. In effetti, l'evoluzione concettuale della

nozione non ha trovato riscontro all'interno del dibattito penale. Nel caso dell'Italia questo è doppiamente significativo, poiché da un lato vi è una lunga tradizione costituzionale che si è occupata del concetto e, da un altro lato, è consolidata l'interpretazione costituzionalmente orientata del diritto penale, a prescindere dalla posizione che si abbia sulla paradigmatica tesi di Franco Bricola<sup>175</sup>. Per quanto riguarda la dottrina in lingua spagnola — particolarmente influenzata dalla dottrina tedesca — l'assenza di un approfondimento in merito è abbastanza evidente. Esso, tutt'al più, si traduce nella distinzione teorica che abbiamo esaminato nella prima parte di questo capitolo, nella quale, però, non vi è un'analisi dettagliata sull'origine, l'evoluzione storica o, ad esempio, su come il senso attribuito alla solidarietà nella discussione sul fondamento dello *ius puniendi* potrebbe illuminare la discussione sullo stato di necessità.

Ma non solo. Questo *deficit* di elaborazione dottrinale all'interno del diritto penale si traduce talora in un uso impreciso della nozione. Non mancano gli esempi in cui la stessa sia stata invocata come sinonimo di «carità»<sup>176</sup> oppure sia stata concepita, senza ulteriori approfondimenti, come una sorta di stadio (successivo) laico della fraternità, premessa tanto diffusa quanto imprecisa<sup>177</sup>.

4.3. Quest'ultimo aspetto è dovuto alla confusione che vi è anche in ambito costituzionale. Viene affermato spesso che la solidarietà non sarebbe che una fraternità istituzionalizzata o il modo in cui essa si traduce giuridicamente<sup>178</sup>. Da una prospettiva più filosofica è stato persino sostenuto che la solidarietà è effettivamente inferiore rispetto alla

---

<sup>175</sup> Come di recente è stato detto da G. FORNASARI, *Presentación a «Relaciones entre dogmática y derecho penal»*, in *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), N° 10, 2015, p. 28 (27-28), secondo cui «da allora [dall'impostazione di Bricola], nel mio Paese, sia chi la condivide sia chi la avversa, parte da essa per ogni indagine scientifica seria sui principali temi della dogmatica e della politica criminale».

<sup>176</sup> Così, di recente, R. ROBLES PLANAS, *Legítima defensa, empresa y patrimonio*, in *Polít. crim.*, N° 22, 2016, p. 717, in [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A11.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A11.pdf), 22 agosto 2017. Questo collegamento è stato assunto anche da autorevoli filosofi del diritto. Si veda, tra gli altri, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 239; sottolineano, invece, le differenze tra entrambe le nozioni, tra gli altri, G. PISARELLO, *op. cit.*, p. 90; K. BAYERTZ, *op. cit.*, p. 37; S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 57 e ss.

<sup>177</sup> Gli esempi su questo punto sono innumerevoli. Per quanto riguarda la dottrina penale si veda, tra gli altri, M. PAWLIK, *Solidaridad*, *cit.*, p. 227; W. FRISCH, *op. cit.*, p. 2; E. NOVOA MONREAL, *Fundamentos*, *cit.*, p. 29. A nostro avviso questo è in buona sostanza conseguenza dell'uso altresì indiscriminato che anche si avverte in ambito costituzionale e di teoria politica. Si veda, ad esempio, I. MASSA PINTO, *op. cit.*, p. 42 e 48; K. BAYERTZ, *op. cit.* p. 8.

<sup>178</sup> Così, tra gli altri, A. MATTIONI, *op. cit.*, p. 18; S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 20 e ss.

fraternità ma una pretesa almeno realizzabile. La fraternità — viene affermato — supererebbe la capacità morale degli uomini<sup>179</sup>.

A nostro parere il fatto che rende spiegabile questa scelta — tutt'altro che terminologica — risiede in ciò che può essere considerata la «storia nera» del concetto. Ben presto apparve all'interno del triptico rivoluzionario francese, la fraternità diventò la causa di esclusioni e fonte di innumerevoli abusi. Un altro fattore che incise sulla sua scomparsa in ambito giuridico è quello che la dottrina ha denominato lo «stigma» del concetto. Ovvero, l'avere un'origine incontestabilmente religiosa.

Ebbene, in questa indagine abbiamo deciso lasciare da parte entrambi gli aspetti. Vi è una dottrina assai solida che si è occupata, da un lato, di riscoprire i suoi pilastri fondamentali al di là di una data esperienza storica e, dall'altro, di confutare che l'origine religiosa della nozione impedisca che essa possa assumere la natura di concetto o principio giuridico. Perciò — e avallati da una dottrina altresì solida — abbiamo assunto come ipotesi di lavoro il fatto che la fraternità costituisca un principio giuridico, e non solo morale o politico.

Ciò premesso, la fraternità è qualcosa di diverso della solidarietà e, soprattutto, è suscettibile di materializzarsi in atti concreti. Dal momento che viene definita come un valore che unisce persone accomunate da qualcosa di profondo — «la società umana» di cui parlò Mayer —, cioè che si collocano su di un medesimo piano, si distacca chiaramente dalla solidarietà istituzionale. La fraternità chiama in causa il comportamento individuale e lo responsabilizza rispetto alla sorte del fratello. È proprio in base a tale concettualizzazione che a nostro parere funge da «ideale», cioè di «motivo» che, ispirando l'azione umana, rende fattualmente possibile ciò che riteniamo l'idea di diritto: l'umanità.

La premessa dalla quale abbiamo preso le mosse è il carattere intrinsecamente relazionale del diritto. Questo, che oltre ad essere una scelta valoriale è un dato di fatto, sfocia nella necessità di assumere il conflitto tra interessi giuridicamente protetti come parte integrante del fenomeno giuridico.

Per logica conseguenza, il diritto è anche integrato dai meccanismi giuridici — il bilanciamento — mediante i quali il conflitto viene contenuto entro certi limiti. Ma non si tratta di una ponderazione o di un bilanciamento libero o assiologicamente neutro. Anzi, in

---

<sup>179</sup> Cfr. K. BAYERTZ, *op. cit.*, pp. 16.17.

un diritto di stampo personalista non può esserlo. Il personalismo in quanto dottrina dell'uomo parte dalla premessa che la dignità della persona si perfeziona solo mediante il trattamento umano. Solo mediante esso la dignità del debole o del fragile si perfeziona. Ebbene, in un caso di stato di necessità il bilanciamento che svolge il giudice — il quale agisce non in quanto soggetto di questo rapporto fraterno, ma come ordinamento giuridico che riconosce tale rapporto — riproduce questa massima, la quale, a sua volta, deriva dalla fraternità. È la fraternità a stare alla base dell'interesse prevalente. Per dirlo ancora col linguaggio filosofico di Mayer: è mediante la fraternità in quanto norma di cultura che lo stato di necessità diventa un istituto più umano, cioè più vicino all'idea del diritto.



## CAPITOLO III

**IL FONDAMENTO DELLO STATO DI NECESSITÀ IN ITALIA E CILE.  
OSSERVAZIONI CRITICHE IN CHIAVE COMPARATA.**

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'oggetto del capitolo. — 2. La dottrina italiana: «condannata» ad una discussione più elementare. — 3. Lo stato di necessità giustificante nel c.p. cileno e la discussione relativa al suo fondamento. Cenni sulla riforma del 2010.— 4. Osservazioni in chiave comparata. Cenni *de lege ferenda* e sui progetti di riforma .

1. *Delimitazione dell'oggetto del capitolo.*

Una volta spiegate nei loro tratti fondamentali le teorie che si prospettano come gli indirizzi teorici più noti nell'ambito della discussione penalistica sul fondamento dello stato di necessità, occorre misurare il loro impatto sul dibattito penalistico italiano e cileno. Più specificamente, il nostro obiettivo sarà verificare se qualcuna di queste impostazioni si possa ritenere prevalente in tali contesti scientifici ed ipotizzare quali siano i motivi di siffatta prevalenza. Ciò premesso, non riteniamo opportuno ribadire né prendere posizione rispetto ad aspetti di fondo che sono stati trattati in precedenza.

Né verranno analizzate approfonditamente presupposti specifici di entrambe le discipline, salvo per quanto possano chiarire l'interrogativo circa il fondamento dello stato di necessità. Per motivi che spiegheremo più avanti, quest'ultima premessa vale a maggior ragione rispetto al caso italiano. Per ora basta anticipare che ciò è intimamente legato alla distinzione tra *natura giuridica* e *fondamento* e, più specificamente, alla premessa da cui abbiamo preso le mosse, vale a dire il carattere teoricamente bifronte dello stato di necessità<sup>1</sup>. Per quanto concerne il caso cileno, invece, il richiamo ai presupposti specifici dello stato di necessità sarà ancora più accessorio. Proprio a partire da questo esercizio

---

<sup>1</sup> Cfr. *supra*, Introduzione, § 3., 3.1.

comparatistico tenteremo di illustrare la vera importanza del dato «puramente quantitativo», cioè quanto può aiutare a chiarire i nodi dello stato di necessità il fatto che un determinato ordinamento dedichi una o due norme a disciplinare l'istituto in tutta la sua dimensione dogmatica.

Metodologicamente ciò impone di tener conto del dato legislativo. In tal senso, vedremo come la disciplina italiana e cilena hanno condizionato i termini in cui si è proiettata la discussione dottrinale. Essendo questo lo scopo del capitolo, lo studio dell'origine delle fonti verrà ovviamente ridotto. Si tratterà, dunque, di un'analisi pressoché esclusiva delle dottrine italiana e cilena contenute in manuali, monografie e voci enciclopediche.

Una volta misurato l'effetto di queste dottrine sul dibattito all'interno della discussione cilena e italiana, svolgeremo una breve comparazione in chiave critica tra entrambe le discipline, facendo anche cenno ad alcune proposte legislative di riforma

## 2. *La dottrina italiana: «condannata» ad una discussione più elementare.*

2.1. Lo stato di necessità è disciplinato dal c.p. italiano nell'articolo 54<sup>2</sup>. Il legislatore del 1930 scelse l'opzione di disciplinare l'istituto in questione solo in una norma<sup>3</sup>. Ecco uno dei motivi — probabilmente quello determinante — per cui la dottrina italiana storicamente si è occupata in modo pressoché esclusivo del problema del carattere scriminante o scusante del precetto. A questo ci riferiamo con l'utilizzo dell'espressione «discussione più elementare».

---

<sup>2</sup> Che trascriviamo con lo scopo di facilitare la comprensione di ciò che verrà detto nel testo: *Articolo 54. Stato di necessità. Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.*

*Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo.*

<sup>3</sup> Ratificando così la strada pressa già dal Codice Zanardelli. Per una ricostruzione storica del precetto, si veda NO, tra gli altri, E. MEZZETTI, «Stato di necessità», cit., pp. 672-677, in particolare p. 673; C. F. GROSSO, «Necessità» (Diritto penale), in *Enc. dir.*, cit., pp. 882-883; F. VIGANÒ, *op cit.*, pp. 120-124. Costata lo stato di confusione anziché di consapevolezza teorica sulla distinzione dello stato di necessità inteso in chiave oggettiva e soggettiva presso la dottrina italiana del XIX secolo e, in particolare, nell'opera di Francesco Carrara, A. FIORELLA, *op. cit.*, pp. 331-332 (327-354).

Naturalmente ciò non deriva solo dal fatto (meramente) formale di dedicare solo una disposizione all'istituto. Ben note al penalista sono — da Binding in poi — le cd. «norme a più fattispecie», categoria dogmatica che, pur riguardando *in primis* le fattispecie incriminatrici, è perfettamente estensibile alle norme che, in senso ampio, escludono la punibilità<sup>4</sup>. Al contrario, il principale problema con cui deve confrontarsi il dogmatico è piuttosto di tipo ermeneutico, poiché la norma in questione contiene contemporaneamente degli elementi che storicamente e teoricamente sono stati legati — spesso in termini inconciliabili — ad una lettura in chiave oggettiva oppure soggettiva dello stato di necessità.

Non è una forzatura affermare che quasi tutto il dibattito italiano sullo stato di necessità di cui all'articolo 54 del c.p. si riduce a ciò. Per rendere ancora più plastica questa affermazione: vi è, per così dire, una perenne tensione tra coloro che ritengono che sia la latitudine con cui è disciplinato il soccorso di necessità (ovvero, il fatto che la esimente venga attuata anche quando si agisce a favore di persone estranee) a determinare il carattere giustificante del precetto<sup>5</sup> e coloro che, all'opposto, considerano che sarebbe il cd. «stato di necessità cogente» — di cui al comma 3° — a dimostrarne la natura scusante.

Ma non solo. Questa norma presenta anche dei presupposti che sono stati interpretati in termini contrastanti o quantomeno ambivalenti. Ciò accade a proposito del termine «costretto» di cui al comma 1°, che non è sempre stato interpretato — come potrebbe intuirsi ad un primo sguardo — in senso esclusivamente soggettivo, ma anche in termini univocamente o ambivalentemente oggettivi. Ovvero, come l'oggettiva impossibilità di salvare un bene in pericolo senza sacrificare il bene di un terzo innocente oppure come il giudizio che formula un osservatore esterno<sup>6</sup>. Una situazione anloga si verifica, infine, in merito alla portata attribuita all'espressione «danno grave alla persona», la cui interpretazione in senso ristretto — negata da una parte considerevole della dottrina — è

<sup>4</sup> Cfr. E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., pp. 149 e ss.

<sup>5</sup> Paradigmatico in tal senso, M. ROMANO, *Giustificazione e scusa*, cit., p. 44; E. MEZZETTI, «Stato di necessità», cit., p. 684.

<sup>6</sup> Si veda, tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 292; M. ROMANO, *Giustificazione e scusa*, cit., p. 44, in senso univocamente oggettivo; E. MEZZETTI, «Stato di necessità», cit., p. 681, in senso ambivalente a seconda della parte della norma (comma 1° o comma 3°) chiamata in causa. A nostro avviso, fu proprio questo presupposto a rendere confusa la posizione di Bettiol in merito. Si veda, *Diritto penale*, cit., p. 324, in cui si legge «si può, quindi, ritenere che sotto il profilo giuridico lo stato di necessità estrinsecatosi nei limiti imposti dalla necessità stessa, costituisca una causa di liceità, anche se non può essere negata la presenza di una costrizione psicologica».

più coerente con una lettura esclusivamente scusante della norma<sup>7</sup>. Su questo requisito diremo qualcos'altro più innanzi al momento di valutare l'incidenza dell'articolo 2 Cost. sull'interpretazione dell'esimente.

Si tratta, a ben vedere, di una discussione condizionata da un assunto — seppur non si dica esplicitamente — tutt'altro che condivisibile, secondo il quale ciò che determina il fondamento dello stato di necessità emerge soltanto della concreta disciplina di cui trattasi e non viceversa<sup>8</sup>. Questo spiega a nostro parere perché il contenuto di ciò che chiamiamo «principio dell'interesse prevalente» oppure «inesigibilità di agire diversamente» venga riempito con un mero rinvio ai presupposti dell'articolo 54 c.p.<sup>9</sup>.

Per quanto concerne l'oggetto del nostro studio, quanto detto si apprezza sia in coloro che ritengono che l'articolo 54 c.p. costituisca esclusivamente una causa di giustificazione<sup>10</sup> sia nella dottrina che — muovendo da premesse di portata più teorica — ritiene che il precetto funga, a seconda dei casi, da scriminante o scusante<sup>11</sup>. In entrambi i casi si fa appello al cd. principio dell'interesse prevalente senza spiegare cosa significhi. I vaghi richiami all'utilitarismo di cui abbiamo fatto cenno in precedenza non sono abbastanza forti per poter parlare di una vera impostazione critica in merito<sup>12</sup>. Per il resto, tale richiamo — apprezzabile con particolare chiarezza nell'opera di Francesco Palazzo<sup>13</sup> — dimentica non solo il significato dogmatico che ebbe il passaggio da un bilanciamento di beni ad uno d'interessi (nel senso, appunto, di eliminare qualsiasi traccia utilitaristica)<sup>14</sup>, ma soprattutto

<sup>7</sup> Anzi, sarebbe proprio il punto debole della dottrina oggettivistica dell'articolo 54, come riconosce G. FORNASARI, *Osservazioni*, cit., p. 1126.

<sup>8</sup> Cfr. C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, pp. 339 e 342, i quali ritengono, sulla scia di Santamaria, che ciò che raggruppa tutte le scriminanti è il fatto che «il realizzarsi del diritto obiettivo passa necessariamente attraverso il compimento, da parte dell'all'agente, di un fatto preveduto dalla legge come reato».

<sup>9</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 1. 1.1. Cfr., per tutti, E. MEZZETTI, «Stato di necessità», cit., pp. 675 e ss., note 43 e 44.

<sup>10</sup> R. MAZZON, *op. cit.*, p. 77; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. pp. 273-274.

<sup>11</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 300.

<sup>12</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 1. 1.1., e bibliografia citata a nota 2. Si veda anche, F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 365.

<sup>13</sup> *Corso*, cit., pp. 402-403, in cui addirittura collega l'interesse prevalente ad una «opzione di fondo dell'ordinamento (...) di natura più collettivistico-utilitaristico». È interessante notare che in seguito l'Autore ritiene che l'interpretazione dell'articolo 54 c.p. in chiave soggettiva è in linea con un'impostazione di tipo «personalista». Un legame tra principio dell'interesse prevalente e utilitarismo, seppur inteso in termini meno drastici, si trova anche in E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., pp. 154 e ss.

<sup>14</sup> Così, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 292, i quali, a proposito dell'interpretazione in senso oggettivo della «costrizione», affermano che essa pone «in risalto un *mero bilanciamento di beni* in conflitto». Il corsivo è nostro. Spesso questo legame tra interesse prevalente e utilitarismo viene formulato da quell'impostazione critica che ammette che l'antigiuridicità si costruisce anche a partire dal cd. «disvalore dell'azione». Paradigmatico in questo senso, G. V. DE FRANCESCO, *op. cit.*, pp. 42 e ss.; più di recente, C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, p. 375.

che siffatto principio è — come abbiamo tentato di dimostrare in precedenza — suscettibile di una interpretazione filosofica completamente diversa<sup>15</sup>.

Al di là di questa — occorre ribadire, del tutto succinta ed eccezionale — considerazione il fatto è che non vi è presso il dibattito italiano una dottrina che si pronunci apertamente contro la tesi dell'interesse prevalente, ma solo un'impostazione che la esclude interpretativamente alla luce del presunto carattere scusante del precetto. In altre parole, non vi è una dottrina che la escluda «per principio». Al massimo, ciò che possiamo individuare è una critica di tipo metodologico, rivolta cioè non alle basi dogmatiche o filosofiche dell'interesse prevalente, bensì al grado di incertezza che, in quanto principio regolativo, porterebbe con sé. Il suo carattere regolativo — ovvero, assiologicamente vuoto — sarebbe criticabile non solo sulla base della funzione motivante che svolge il diritto penale, ma soprattutto perché sovente viene integrato lo stato di necessità in casi di conflitto «tra interessi di altissimo rango costituzionale»<sup>16</sup>. In ogni caso, occorre sottolineare che neanche questa critica è rivolta a proporre un principio alternativo quale fondamento dello stato di necessità, ma è diretta a difendere il carattere scusante dell'articolo 54 c.p.

A nostro parere, a partire dalle particolarità sia della disciplina che della discussione italiana, ciò rappresenta un notevole paradosso.

In primo luogo perché la dottrina italiana insiste abbastanza — più di quanto non faccia quella cilena, ad esempio — sull'innocenza del terzo che subisce le conseguenze del quadro necessitante, ovvero sul fatto che lui è perfettamente estraneo al determinarsi della situazione pericolosa<sup>17</sup>. Ed è importante notare che ciò lo si fa a prescindere della presenza dell'inevitabilità del pericolo di cui all'articolo 54 c.p.<sup>18</sup>. Anzi, si tratta di una

---

<sup>15</sup> Cfr. *supra*, cap. I, §§ 1 e 4.

<sup>16</sup> Così, F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 468-469. Come abbiamo accennato in precedenza, secondo l'Autore siffatto *deficit* di precisione può essere ritenuto tollerabile solo «allorché si tratti di autorizzare condotte a basso contenuto offensivo» (cfr. p. 404). Per quanto ci riguarda, abbiamo sostenuto che quella presunta mancanza di precisione è comunque compatibile con la concezione dello stato di necessità difesa in questa indagine, secondo la quale esso può fungere da strumento tramite il quale raggiungere risposte almeno convincenti avendo come «punto fermo» il rispetto della dignità umana. Si veda, *supra*, cap. I, § 2. 2.4.

<sup>17</sup> Come acutamente sostiene *en passant* E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., p. 146, nota 6, richiamando Romano, non è esatto parlare di «terzo innocente», poiché, da un confronto con la legittima difesa, non è detto che l'aggressore sia «colpevole».

<sup>18</sup> Così, invece, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 301; C. F. GROSSO, «Necessità», cit., p. 883.

considerazione che viene per l'appunto sottolineata in quanto elemento che permetterebbe di distinguere ancora di più tra lo stato di necessità e la legittima difesa<sup>19</sup>.

In questi termini, dunque, l'articolo 54 c.p. disciplina ciò che in dottrina comparata viene denominato «stato di necessità aggressivo», istituto che muove proprio — come abbiamo già visto in precedenza — dall'innocenza di colui che subisce le conseguenze dell'azione necessitata. Dunque, anche la dottrina italiana prendeva le mosse, forse inconsapevolmente, da ciò che abbiamo denominato approccio «interpersonale» dello stato di necessità. In essa sussistevano tutti gli elementi affinché venissero formulate domande del tipo «che mi importa della *sua* necessità?» o «perché *proprio io* dovrei sacrificarmi per il *suo* bene?»<sup>20</sup> e, su tale base, si sviluppavano risposte più vicine all'idea di solidarietà o, più in generale, semplicemente opposte all'interesse prevalente.

A nostro parere, è possibile ipotizzare che il motivo per cui questo non avvenne in Italia risiede al di fuori dalla disciplina penale. Come abbiamo accennato in precedenza, l'articolo 2045 c.c. stabilisce, appunto, che nel caso in cui il fatto dannoso sia stato commesso in stato di necessità «al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice»<sup>21</sup>. In altre parole, è stata proprio questa facoltà a impedire che il problema sul fondamento dello stato di necessità fosse indagato in termini di solidarietà.

D'altronde, non può che ritenersi curioso il fatto che non sia prospettato un atteggiamento critico nei confronti del principio dell'interesse prevalente e favorevole alla tesi della solidarietà dal momento che la norma di cui all'articolo 2 Cost. è stata esplicitamente

<sup>19</sup> Cfr., tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 292; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 266 secondo cui «tutta la scriminante deve essere vista alla luce del criterio del “minor sacrificio” per l'innocente»; C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, pp. 373-374; F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 402; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 265; G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 325.

<sup>20</sup> Si veda, *supra*, cap. I, § 3. 3.2.

<sup>21</sup> C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, pp. 374, secondo cui sarebbero le conseguenze civili dello stato di necessità a confermare il carattere scusante del precetto; in un senso analogo, T. PADOVANI, *op. cit.*, pp. 178-179. Sui dubbi che pone la disciplina civile dello stato di necessità rispetto al presunto carattere unitario dell'antigiuridicità non possiamo soffermarci in questa sede. In ogni caso, basti considerare che questa norma, ricalcando lo schema della scriminante penale, prevede appunto «l'equo indennizzo», ovvero una sanzione semplicemente scusata, che come tale resta illecita». Si veda, in quest'ultimo senso, G. FORNASARI, *Osservazioni*, cit., pp. 1127. È proprio in base a questo ragionamento — ed a un altro argomento di tipo «sistematico» — che l'Autore difende il carattere giustificante dell'articolo 54 c.p., nonostante riconosca l'ambiguità della norma e proponga *de lege ferenda* una riforma *à la* tedesca, che preveda cioè due norme separate per disciplinare lo stato di necessità giustificante e scusante (pp. 1125-1127); si veda nello stesso senso, tra gli altri, ID., *Principi*, cit., p. 282; M. ROMANO, *Giustificazione e scusa*, cit., pp. 46-47; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 261; E. MEZZETTI, «Stato di necessità», cit., p. 675. Sui progetti di riforma in Italia si veda § 4.

invocata da coloro che, contro la tesi secondo la quale la frase «danno grave alla persona» ratificherebbe il suo carattere scusante, difendono all'opposto una interpretazione più ampia di essa. Un'interpretazione, cioè, secondo la quale proprio mediante il richiamo all'articolo 2 Cost. sarebbe possibile estendere il significato della frase in questione e, di conseguenza, attribuire carattere giustificante — o quantomeno bifronte — all'articolo 54 c.p. Un ragionamento in questo senso è stato proposto da coloro che ritengono che il cd. stato di necessità abitativo sarebbe coperto, in quanto scriminante, dall'articolo 54 c.p.<sup>22</sup>. In base a quest'impostazione mediante il predetto richiamo sarebbero *ex* articolo 54 c.p. suscettibili di protezione mediante l'azione necessaria tutti i diritti inviolabili dell'uomo — e non solo la vita o l'integrità fisica — che rendono possibile lo svolgimento della sua personalità morale<sup>23</sup>.

Nello stesso senso, infine, è anche da notare che nel contesto della scienza penalistica italiana non si è sviluppata una dottrina contraria all'interesse prevalente, fatto curioso se si considera che la scriminante è stata sovente legata al dovere di soccorso di cui all'articolo 593 c.p., il cui fondamento è stato praticamente da sempre associato all'idea di solidarietà. E questo richiama doppiamente l'attenzione se consideriamo che il legame tra tale reato e la scriminante è stato formulato sia in tema del «soccorso di necessità»<sup>24</sup>, sia proposito del dovere di tolleranza che deve assumere il terzo innocente.

Per tutte queste considerazioni stupisce che la dottrina italiana non abbia accolto — ed anzi sia stata accennata solo *en passant* — una sentenza della Corte costituzionale del 1970 nella quale venne affermato che un «principio generale di collaborazione civica (...) in base al quale ogni cittadino, a seconda dei casi, è obbligato o facoltato a svolgere attività nel

---

<sup>22</sup> Ancora fondamentale in merito, G. INSOLERA, *op. cit.*, pp. 65 e ss.

<sup>23</sup> Così, ad esempio; C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, p. 378; T. PADOVANI, *op. cit.*, pp. 176-177; in un senso ancora più ampio, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, pp. 289-290, secondo cui sotto questa formula vengono considerati anche «i beni collettivi che rappresentano la sintesi di beni di singole persone [come è il caso] della incolumità pubblica e della salute pubblica»; F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 403, secondo cui il problema non sarebbe tanto quello di includere o meno siffatti diritti all'interno della formula in questione quanto piuttosto valutare correttamente l'inevitabilità dell'azione; in un senso sostanzialmente analogo, seppur non facciano riferimento esplicito alla norma costituzionale, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 263, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 266-267, G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 325; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 303; F. ANTOLISEI, *Diritto penale*, cit., p. 274; E. MEZZETTI, «Stato di necessità», cit., pp. 678-679; C. F. GROSSO, «Necessità», cit., p. 884, il quale si riferisce alla contraddizione che si trova in merito nei lavori preparatori del c.p.

<sup>24</sup> Così, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 263, secondo cui il soccorso di necessità, in quanto facoltà, presuppone l'assenza dell'obbligo di attivarsi *ex* articolo 593; in un senso analogo, E. MEZZETTI, «Stato di necessità», cit., p. 684.

comune interesse, per far fronte ad eventi rispetto ai quali le autorità non siano in grado d'intervenire con la necessaria tempestività, oppure in misura sufficiente al bisogno, deve farsi derivare dal richiamo che l'art. 2 Cost. fa all'osservanza dei “doveri di solidarietà sociale”»<sup>25</sup>.

Non vi è bisogno di accertare che presso la dottrina italiana esiste una solida consapevolezza rispetto alle implicazioni che vi sono tra il diritto penale e la Costituzione. Tale consapevolezza ha condizionato in maniera determinante il modo di fare dogmatica. Il fatto è che in Italia vi è una tradizione penalistica abbastanza sedimentata che svolge il proprio mestiere a partire *dai* principi costituzionali anziché dalle classiche categorie dogmatiche<sup>26</sup>. Proprio perciò risulta assai curioso il fatto che essa, nonostante riconosca che i valori costituzionali ispirati alla solidarietà abbiano un'influenza sulle finalità delle sanzioni penali e dell'esecuzione caratteristiche dello Stato sociale<sup>27</sup>, non abbia ricondotto il discorso dello stato di necessità ai doveri di solidarietà di cui parla la Costituzione.

Tenendo conto di questa consapevolezza, così come abbiamo ipotizzato che l'articolo 2045 c.c. abbia svolto la funzione di «deterrente» nei confronti della tesi della solidarietà, è altresì possibile ipotizzare che, a Costituzione vigente, un ulteriore motivo per cui questo discorso non sia stato accolto risieda nel fatto che la dottrina costituzionale ha sin dall'inizio ritenuto che un tratto fondamentale dei doveri di solidarietà — in quanto «doveri positivi» — è la necessità che essi siano esplicitamente disciplinati dal legislatore costituzionale<sup>28</sup>, il che, come è noto, non accade in materia di stato di necessità. Si tratta, comunque, di una conclusione che stupisce proprio se si considera il ruolo svolto dai valori costituzionali nei primi anni di vigenza della Costituzione, cioè quello di fungere da strumento tramite il quale le scriminanti venivano attuate per contrastare non poche fattispecie illiberali<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., pp. 217-218, nota 295.

<sup>26</sup> Si veda, tra gli altri, il *Prólogo* di M. DONINI alla traduzione allo spagnolo di D. RESTREPO RODRÍGUEZ della *Teoria generale del reato* di Franco Bricola (*Teoría general del delito*, Montevideo-Buenos Aires, 2012), pp. XXXV e ss.

<sup>27</sup> Così, ad esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. XLVI.

<sup>28</sup> Così, tra gli altri, C. PICIOCCHI *I diritti inviolabili*, in *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione* (a cura di C. CASONATO), Torino, 2010, pp. 98 e ss.; A. BARBERA, *op. cit.*, p. 90; E. ROSSI, *op. cit.*, p. 26 e ss.; V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pp. 9 e ss.

<sup>29</sup> Come acutamente afferma F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., pp. 1038-1039. Attualmente, per contro, i valori costituzionali — continua Palazzo — giocano un ruolo diverso, cioè operano come limiti agli abusi commessi dall'autorità mediante presunte scriminanti, come accade col cd. soccorso di necessità quando



Se questa situazione sia destinata a cambiare o meno in un futuro presso il dibattito penalistico dipenderà dal modo in cui saranno intesi la portata e, ancor prima, il tema dei «soggetti attivi» dei doveri di solidarietà di cui all'articolo 2 Cost.

### 3. *Lo stato di necessità giustificante nel c.p. cileno e la discussione relativa al suo fondamento. Cenni sulla riforma del 2010.*

3.1. Per quanto concerne il Cile lo stato di necessità giustificante è disciplinato nell'articolo 10 n. 7 del c.p. e, dalla promulgazione di esso nel 1874, non è stato oggetto di modifiche<sup>30</sup>.

Diversamente da quanto è stato illustrato a proposito del caso italiano, la dottrina cilena non esita ad affermare il suo carattere scriminante. Ciò che invece si ripete in termini pressoché identici è lo scarso approfondimento della questione relativa al del suo fondamento. Infatti, tranne qualche eccezione su cui torneremo in seguito, non vi sono divergenze al momento di individuare nel principio dell'interesse prevalente il fondamento dell'istituto, il quale rimane però privo di ulteriori spiegazioni di tipo dogmatico o filosofico. Non è una forzatura affermare che questo tratto è univoco presso la manualistica cilena<sup>31</sup>.

A prescindere da ciò, una cosa risulta comunque chiara. La circostanza che sulla natura giuridica del precetto non vi siano divergenze dottrinali è sintomatica del fatto che la norma

---

è rimesso nelle mani dell'autorità pubblica (cfr. pp. 1057 e ss.). Una posizione critica e del tutto condivisibile rispetto ai casi dell'abbattimento dell'aereo sequestrato oppure quello della tortura al terrorista si trova di recente in G. FORNASARI, *Il dilemma etico*, cit., pp. 213 e ss.

<sup>30</sup> Il quale, a sua volta, si trova all'interno del § 2. «Delle circostanze esimenti della responsabilità penale». La norma in questione stabilisce: *Articolo 10. Risultano esclusi dalla responsabilità penale:*

*7° Colui che, per evitare un male, realizza un fatto che genera un danno all'altrui proprietà, sempre che concorrano le seguenti circostanze:*

*1ª. Che il male che si pretende evitare sia presente o vi sia un pericolo imminente dello stesso.*

*2ª. Che esso sia maggiore di quello prodotto per evitarlo.*

*3ª. Che non vi sia altra via praticabile e meno pregiudizievole per impedirlo.*

Versione italiana tratta dal *Codice penale della Repubblica del Cile* (a cura di G. FORNASARI, E. CORN), Padova, 2013, pp. 5-6.

<sup>31</sup> Si veda, tra gli altri, E. NOVOA MONREAL, *Curso*, cit., pp. 357-358; M. GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 123; A. ETCHEBERRY, *op. cit.*, p. 249; V. BULLEMORE, J. MACKINNON, *op. cit.*, p. 56; J. COUSO SALAS, *Comentario al artículo 10 n° 7*, in J. COUSO SALAS, H. HERNÁNDEZ BASUALTO (a cura di), *Código penal comentado, Parte general. Doctrina y jurisprudencia* Santiago del Cile, 2011, cit., pp. 234-239

— nonostante alcuni aspetti suscettibili di critiche<sup>32</sup> — supera su questo versante l'esame di chiarezza. Anzi, è da notare che questo era vero persino prima della riforma del 2010 che ha introdotto esplicitamente il cd. stato di necessità scusante<sup>33</sup>. In altri termini, se il senso, la portata ed i limiti della norma non fossero stati sufficientemente chiari sarebbe stato perfettamente ipotizzabile che davanti all'assenza di una norma specifica, dottrina e giurisprudenza ritenessero che la norma in questione potesse svolgere il ruolo di scusante. A nostro parere è il secondo presupposto della fattispecie — cioè che il male cagionato non sia maggiore di quello che si evita — ad escludere qualsiasi confusione interpretativa in questo senso. Solo a partire da siffatta modifica il c.p. cileno adotta un modello simile al tedesco nel senso di prevedere due norme separate per ognuna delle modalità di stato di necessità.

Benché la riforma non incida direttamente sulla disciplina dello stato di necessità giustificante<sup>34</sup>, essa coincide con l'avvio all'interno della dottrina cilena di una impostazione critica rispetto alla tesi dell'interesse prevalente che, all'opposto, difende la tesi della solidarietà<sup>35</sup>. Vale la pena ribadire che si tratta di una impostazione completamente critica della dottrina tradizionale, poiché si distacca anche dal senso in cui

<sup>32</sup> Per esempio, il fatto che vengano bilanciati «mali» invece che «interessi». Sui rischi che una scelta legislativa del genere comporta, si veda *supra*, cap. I, § 1., 1.2. b), testo e nota 37. Un altro aspetto a nostro parere criticabile è il fatto che l'istituto limiti *a priori* i beni giuridici che possono sacrificarsi. Su questo punto torneremo in chiave comparata *infra*, § 4.

<sup>33</sup> Che per facilitare la comprensione di ciò che verrà detto in seguito trascriviamo: *Articolo 10. Risultano esclusi dalla responsabilità penale:*

*11° Colui che agisce per evitare un male grave alla sua persona o ai suoi diritti o a quelli di un terzo, sempre che concorrano le seguenti circostanze:*

*1ª. Attualità o imminenza del male che si pretende evitare*

*2ª. Che non via sia altra via praticabile e meno pregiudizievole per evitarlo*

*3ª. Che il male prodotto non sia sostanzialmente maggiore di quello che si evita.*

*4ª. Che il sacrificio del bene minacciato dal male non possa essere ragionevolmente richiesto a colui che lo allontana da sé o, se del caso, a colui dal quale viene allontanato, sempre che questo fosse o potesse essere noto a chi agisce.*

Si veda, ancora, *Codice penale della Repubblica del Cile*, cit., p. 6.

<sup>34</sup> Questa affermazione implica il rifiuto di quella dottrina che ritiene che, data l'ampiezza della nuova norma, il vecchio articolo 10 n. 7 sarebbe tacitamente derogato e che l'articolo 10 n. 11 avrebbe carattere bifronte, scriminante e scusante. Così, tra gli altri, E. CURY URZÚA, *El estado de necesidad en el Código penal chileno*, in J. P. MAÑALICH RAFFO (a cura di), *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Santiago del Cile, 2013, p. 252; meno categorico poiché riconosce ancora uno spazio, pur ridotto, di applicazione del n. 7, J. D. ACOSTA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 696-697; in un senso analogo, M. E. SANTIBÁÑEZ TORRES, T. VARGAS PINTO, *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1, p. 200; T. VARGAS PINTO, I. HENRÍQUEZ HERRERA, *La defensa de necesidad en la regulación penal chilena. Aproximación dogmática a partir de una reforma*, in *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 15, N° 2, 2013, pp. 17 y 37, in <http://www.redalyc.org/pdf/733/73329808002.pdf>, 10 ottobre 2017.

<sup>35</sup> Fondamentali in questo senso sono i lavori di J. WILENMANN VON BERNATH, *El fundamento*, cit., p. 213 e ss., e A. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Necesidad justificante*, cit., pp. 213 e ss.

veniva costruita un tempo l'idea di solidarietà da una parte molto ristretta della dottrina. Tale dottrina, che comunque muoveva dalla tesi dell'interesse prevalente, invocava la solidarietà in modo accessorio con lo scopo di sdrammatizzare il fatto che la legislazione civile cilena (diversamente da quanto accade con la italiana) non prevede l'indennizzo a favore del terzo innocente. Siccome lo stato di necessità di cui all'articolo 10 n. 7 c.p. consente solo la lesione della proprietà altrui, risultava in qualche modo comprensibile che si facesse appello ad un principio di «solidarietà umana»<sup>36</sup> oppure ad un «principio di solidarietà universale» che trovava nell'istituto dello stato di necessità la sua espressione più caratteristica<sup>37</sup>.

Anche uno sguardo superficiale è sufficiente per rendersi conto che tale richiamo non ha legame alcuno con le teorie sulla solidarietà analizzate in precedenza. Mentre il cd. approccio decisionistico viene messo da parte sulla scorta del fatto che lo Stato cileno non può proprio ritenersi solidarista o sociale e, dal canto loro, le teorie contrattualistiche presentano i difetti che abbiamo già esaminato, la teoria che è stata elaborata negli ultimi anni nell'ambito della discussione cilena è quella di tipo «istituzionale». La sua «impalcatura» concettuale è praticamente la stessa che abbiamo valutato nel corso di questa indagine. Ovvero: siccome il diritto ha come principale scopo quello di proteggere sfere di autonomia, un istituto come lo stato di necessità — che consente, per l'appunto, la lesione della sfera altrui — è tutt'altro che auto-evidente. Ecco il nocciolo della questione che storicamente la dottrina cilena non avvertirebbe e che la stimola, per contro, ad assumere acriticamente una tesi — il principio dell'interesse prevalente — che ben si potrebbe definire come un «luogo comune»<sup>38</sup>.

In precedenza abbiamo tentato di relativizzare la severità di questa valutazione mediante il legame che a nostro parere vi è tra la teoria in questione e la nozione di antigiuridicità materiale. Orbene, per quanto riguarda il caso cileno, malgrado le limitazioni di spazio che impone il genere della manualistica, essa si è stata analizzata dalla dottrina nazionale. Benché questa nozione sia stata associata nella sua portata alla sfuggente categoria della «dannosità sociale» e — peggio ancora — ridotta a mero criterio complementare della cd.

<sup>36</sup> S. POLITOFF LIFSCHITZ, *Art. 10 n° 7*, in S. POLITOFF LIFSCHITZ, L. ORTÍZ QUIROGA (a cura di), *Texto y comentario del Código penal chileno*, Santiago del Cile, 2002, p. 142.

<sup>37</sup> Così, E. CURY URZÚA, *Derecho penal*, cit., p. 381.

<sup>38</sup> Così, J. WILENMANN VON BARNATH, *El fundamento*, cit., p. 227.

«antigiuridicità formale»<sup>39</sup>, è comunque possibile individuare presso la dottrina cilena qualche spunto in più. Anzi, in essa è anche possibile individuare sia dei collegamenti espliciti tra la categoria in questione e lo stato di necessità di cui all'articolo 10 n. 7 c.p.<sup>40</sup>, sia dei richiami espressi alla teoria delle norme di cultura di Mayer tramite la quale abbiamo proposto una interpretazione filosofica dell'interesse prevalente<sup>41</sup>.

Anche se è un dato di fatto che presso la dottrina cilena non vi è una analisi specificamente approfondita dell'interesse prevalente, sostenere senz'altro — cioè senza considerare gli aspetti precedentemente accennati — che essa muove da un luogo comune diventa a nostro parere quantomeno eccessivo.

3.2. Occorre, però, avvertire che la categoria dell'interesse prevalente non è stata assolutamente esclusa in tema di stato di necessità giustificante da coloro che difendono la tesi della solidarietà. Un buon esempio in tale direzione è l'impostazione che di recente ha difeso Alex van Weezel, la quale si spiegherebbe molto nitidamente con riferimento alla riforma del 2010 che ha introdotto l'articolo 10 n. 11 c.p.<sup>42</sup>.

In termini analoghi al dibattito italiano rispetto dell'articolo 54 c.p., presso la dottrina cilena vi sono opinioni discordanti a proposito della natura giuridica del nuovo precetto. Senza approfondire gli argomenti specifici di ciascuna posizione, finora è possibile distinguere nel quadro di opinioni coloro che ritengono che la norma disciplinerebbe sempre ed in tutti i casi una scusante<sup>43</sup> e coloro che ritengono che la norma avrebbe un carattere bifronte, cioè scriminante e scusante a seconda dei casi. Più specificamente quest'ultima impostazione considera che il n. 11 disciplinerebbe, quando viene attuato

<sup>39</sup> Ovvero alla mancanza, nel caso specifico di scriminanti, suscettibili di attuazione. Così, S. POLITOFF LIFSCHITZ, J. P. MATUS ACUÑA, M. C. RAMÍREZ GUZMÁN, *op. cit.*, p. 209.

<sup>40</sup> Cfr. M. GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 107-108. Occorre avvertire che questo legame viene formulato a proposito dell'importanza di conciliare in sede di antigiuridicità il cd. disvalore dell'azione col disvalore dell'evento, impostazione che abbiamo trattato criticamente in precedenza. Si veda, *supra*, cap. I, § 2., 2.3. b).

<sup>41</sup> Si veda, E. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *op. cit.*, pp. 229-230. Cfr. *supra*, cap. I, § 4.

<sup>42</sup> Caso "Agresor dormido", cit. pp. 251 e ss.

<sup>43</sup> Così, ad esempio, J. P. MAÑALICH RAFFO, *El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno*, in *Humanizar y renovar*, cit., p. 718; ID., *El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno*, in *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, N° 1, 2011, p. 97, nota 33; H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *Comentario al artículo 10 n° 11*, in *Código penal comentado*, cit., p. 270; J. P. CASTILLO MORALES, *El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa*, in *Polít. crim.* Vol. 11, N° 22, 2016, pp. 340-367, in [http://politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A1.pdf](http://politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A1.pdf), 10 ottobre 2017.

come scriminante, lo stato di necessità giustificante difensivo. La versione aggressiva dell'istituto continuerebbe invece ad essere regolata *ex* articolo 10 n. 7 c.p.<sup>44</sup>.

Ebbene, la tesi di van Weezel in merito costituisce, per così dire, un vero e proprio *tertium genus*. In effetti, la sua posizione nega sia il carattere esclusivamente scusante del precetto quanto la sua presunta natura bifronte. A suo avviso l'articolo 10 n. 11 c.p. disciplinerebbe invece entrambe le forme — aggressiva e difensiva — dello stato di necessità giustificante<sup>45</sup>. Nella sua impostazione la necessità scusante continuerebbe ad essere disciplinata dall'articolo 10 n. 9, il quale prevede le scusanti della forza irresistibile e la paura insuperabile<sup>46</sup>.

In base a questo quadro generale, van Weezel ritiene che sarebbe la circostanza 3<sup>a</sup> del n. 11 («che il male prodotto non sia sostanzialmente maggiore di quello che si evita») a contenere il principio dell'interesse prevalente, il quale, a seconda della fonte della necessità, *misurerebbe* l'intensità dei principi che veramente fondano la scriminante (ovvero, il «principio di solidarietà» nel caso dello stato di necessità aggressivo e il cd. «principio di responsabilità» nella versione difensiva). Più specificamente, van Weezel distingue tre tipologie di stato di necessità: a) lo stato di necessità difensivo in cui il pericolo è attribuibile alla colpa di colui che subisce gli effetti del quadro necessitante; b) lo stato di necessità difensivo in cui il pericolo non è attribuibile a colui che subisce le conseguenze; c) lo stato di necessità aggressivo. Mettendo da parte le prime due ipotesi, nello stato di necessità aggressivo il principio dell'interesse prevalente si manifesta in termini assai esigenti, poiché l'azione verrà giustificata «solo nella misura in cui il positivo sia molto prevalente rispetto il negativo, poiché il principio di solidarietà minima giustifica

---

<sup>44</sup> Questa dottrina assume implicitamente che lo stato di necessità aggressivo è stato da sempre disciplinato dall'articolo 10 n. 7, mentre prima della riforma del 2010, quello difensivo era privo di riconoscimento legislativo. Così, tra gli altri, M. VILLEGAS DÍAZ, R. SANDRINI CARREÑO, *Estado de necesidad y mujeres homicidas*, in *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 16, 2014, pp. 61-84. Senza distinguere tra stato di necessità aggressivo e difensivo, ma solo tra stato di necessità giustificante e scusante, difende anche la tesi del carattere bifronte del precetto, V. M. VIDAL MOYA, *Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la Ley 20.480*, in *Ars boni et aequi*, N° 2, 2013, p. 243. Da una prospettiva più teorica è esatta l'affermazione secondo cui questa distinzione non è stata particolarmente studiata dalla dottrina cilena, tranne per affrontare problemi specifici, come quello dell'aborto terapeutico o del cd. «padre-padrone». Così, J. WILENMANN VON BERNATH, *El fundamento*, cit., p. 217, nota 9 e bibliografia *ivi* citata. La stessa impressione aveva prima già E. CURY, *El estado de necesidad*, cit., p. 253-254.

<sup>45</sup> Per un'analisi critica della tesi di van Weezel, si veda J. P. CASTILLO MORALES, *op. cit.*, pp. 355-358.

<sup>46</sup> Soluzione, tra l'altro, spesso criticata dalla dottrina nazionale. Si veda, tra gli altri, E. CURY URZÚA, *El estado de necesidad*, cit., pp. 262-263; J. P. MAÑALICH RAFFO, *El estado de necesidad exculpante*, cit., pp. 741-742.

soltanto quelle azioni di salvaguardia che si realizzano in situazioni di catastrofe»<sup>47</sup>, come accade allorché la proprietà venga sacrificata per salvaguardare la vita.

Da questa sintesi dei tratti fondamentali della tesi di van Weezel diventa chiaro che l'interesse prevalente gioca un ruolo, sebbene importante, comunque secondario. Lo si fa diventare un mero strumento e, in quanto tale, viene assiologicamente svuotato. Finora presso la discussione penale cilena non si avvertono delle impostazioni dogmatiche rivolte a smentire le presunte virtù della teoria della solidarietà oppure a ripensare la tesi dell'interesse prevalente.

#### 4. Osservazioni in chiave comparata. Cenni di lege ferenda e sui progetti di riforma.

4.1. Da quanto è stato detto fin qui, una prima differenza tra le due discipline salta all'occhio. Dal 2010 il c.p. cileno assume un modello simile a quello tedesco nel senso di prevedere due norme separate per disciplinare lo stato di necessità giustificante e quello scusante. Questa affermazione, come abbiamo avvertito, implica l'adesione alla tesi secondo cui l'articolo 10 n. 11 costituisce sempre una scusante.

Su questo versante la disciplina italiana è diversa. Vi è un settore importante della dottrina che ritiene che una riforma in questa direzione sarebbe un'ottima via per ridurre le difficoltà interpretative che sono inerenti allo stato di necessità<sup>48</sup>. Un settore *importante*, maggioritario se si vuole, ma non egemonico. In effetti, all'interno della cd. «Commissione Grosso» è stata sostenuta l'opinione secondo cui la differenziazione tra scriminanti e scusanti — forse importante e corretta sul piano teorico — non avrebbe riflesso sul piano pratico<sup>49</sup>. Sulla base di questa linea di pensiero, un nuovo c.p. dovrebbe preoccuparsi della

<sup>47</sup> Caso “*Agresor dormido*”, cit., p. 353. Perciò crea qualche confusione il fatto che l'Autore, nonostante mantenga la stessa tesi, sostenga in un altro studio che anche il bilanciamento convergerebbe a «cofondare» l'istituto. Si veda, *Necesidad justificante*, p. 229.

<sup>48</sup> Si veda bibliografia citata alla nota 21.

<sup>49</sup> Per una completa analisi sulla rilevanza pratica di questa distinzione — si pensi *solo* alla questione della legittima difesa in capo alla vittima dell'atto giustificato e dell'atto soltanto scusato —, rinviamo a F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 310 e ss. Una sintesi si trova in ID., «Stato di necessità», in *Dizionario di diritto*

disciplina degli istituti più che del loro inquadramento dogmatico, la cui definizione spetta alla dottrina e alla giurisprudenza<sup>50</sup>.

Oltre al fatto che una scelta legislativa del genere violerebbe i pilastri di qualsiasi ordinamento ispirato al principio di legalità, essa trascurerebbe il valore che le norme della parte generale rivestono in termini ideologici («svolgendo una vera e propria funzione-manifesto»)<sup>51</sup>. Ma non solo. Sottovalutare la chiarezza in questo ambito creerebbe delle nefaste conseguenze se si considera che questa distinzione dogmatica «orienta comportamenti, interpretazioni, prassi, etc., non solo rispetto ai singoli profili di disciplina, ma più in generale rispetto al sistema assiologico di cui quelle scelte sono espressione»<sup>52</sup>.

A prescindere da queste considerazioni *de lege ferenda*, nel corso di questa indagine abbiamo più volte detto che il fatto che il c.p. italiano dedichi solo una norma allo stato di necessità condiziona i termini della discussione a livello dogmatico. Che ciò sia vero può essere constatato anche sulla base di uno sguardo superficiale della manualistica italiana. Ciononostante, sulla scorta dell'esercizio comparatistico fin qui eseguito tale constatazione ammette una importante sfumatura. Il fatto che la situazione legislativa in Cile si sia svolta negli stessi termini all'italiana dal 1874 fino al 2010 ci dice che non è solo il fattore «quantitativo» a definire i termini di un dibattito. Il tenore della legge continua ad essere il fulcro della questione.

4.2. In base a questa premessa, a nostro avviso sono tre i fattori che rendono spiegabile che una tale differenza si sia manifestata tra le due dottrine. In primo luogo il fatto che la prima parte del precetto cileno abbia ridotto all'altrui proprietà i beni suscettibili di sacrificio. Diversamente dal suo omologo italiano, la norma cilena fa riferimento ad «un male» che si evita mediante «un danno all'altrui proprietà». Benché gli oggetti del bilanciamento non siano (o non dovrebbero essere) i beni giuridici astrattamente considerati

---

*pubblico*, cit., pp. 5719-5720. Si veda anche, *supra*, Introduzione, § 1. 1.4., a proposito della comunicabilità degli effetti nel concorso di persone.

<sup>50</sup> Si veda, critico su questa soluzione, S. FIORE, *Le scriminanti*, in C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma al codice penale? Riflessione sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, pp. 89-90; nonostante ciò, il cd. Progetto Grosso finalmente si avvicinò alla tesi della differenziazione (articoli 16 e 17). Si veda, C. F. GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale II. Relazione della Commissione Grosso*, Padova, 2000, pp. 26-27.

<sup>51</sup> Così, S. FIORE, *Alcune osservazioni a proposito della disciplina delle cause di giustificazione nel progetto Grosso*, in A. M. STILE (a cura di), *La riforma della Parte generale del Codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, Napoli, 2003, pp. 307 e ss.

<sup>52</sup> S. FIORE, *Alcune osservazioni*, cit., p. 309.

ma piuttosto «interessi giuridicamente protetti», dal tenore della norma cilena si avverte chiaramente che gli elementi che si bilanciano devono avere un valore diverso tra di loro. Il bene salvaguardato (che la norma cilena non specifica) prevale sull'altrui proprietà, il che spiega che essa sia ritenuta sacrificabile. Detto altrimenti, l'articolo 10 n. 7 c.p. ragiona su una base inequivocabilmente oggettiva che esclude l'ipotesi che ciò che ha spinto il soggetto ad agire sia stata un'alterazione a livello motivazionale. Un altro argomento che è stato sollevato proprio in questa linea è la mancanza presso la norma cilena dell'esigenza della gravità del male<sup>53</sup>, che invece compare nel precetto italiano.

Ciononostante, è possibile sostenere che proprio su questo versante la norma cilena si presenti difettosa rispetto alla disciplina italiana. Quest'ultima, diversamente dall'articolo 10 n. 7 c.p., non restringe l'elenco di beni giuridici suscettibili di sacrificio<sup>54</sup>, il che a nostro parere sembra essere la strada giusta da un punto di vista tecnico. Detto in termini negativi: mediante una disciplina in cui i beni giuridici sacrificati vengano *ex ante* limitati si creano artificialmente seri problemi interpretativi. Al riguardo basta chiedersi, ad esempio, come risolvere dogmaticamente i casi in cui il bene giuridico leso non è l'altrui proprietà ma nel quale si salvaguarda comunque un bene giuridico più importante<sup>55</sup>. Nel caso cileno vi è un settore della dottrina che opta per ricondurre questi casi all'ambito della colpevolezza, soluzione che farebbe riconoscere ingiustificatamente l'antigiuridicità del fatto<sup>56</sup>. Un'altra corrente preferisce — a nostro avviso, correttamente — avvalersi di uno stato di necessità

<sup>53</sup> Cfr., per tutti, E. CURY URZÚA, *Derecho penal*, cit., p. 379.

<sup>54</sup> Secondo un settore della dottrina cilena, questa limitazione fu frutto del fatto che l'epoca della promulgazione del c.p. (1874) coincise con le prime tappe della teoria dello stato di necessità. Così, ad esempio, G. LABATUT GLENA *Derecho penal*, (2 vols.), t. I, (aggiornata da J. ZENTENO VARGAS), Santiago del Cile, 1992, p. 104. Questa affermazione, tuttavia, non è del tutto esatta, poiché nei lavori preparatori (seduta 121 del 14 marzo 1873), si apprezza a chiare lettere la proposta di alcuni membri della commissione di escludere la punibilità anche allorché si causasse un male uguale rispetto a quello evitato. Si veda, al riguardo, M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA (a cura di), *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora. Edición crítica con motivo de su centenario*, Valparaíso, 1974, p. 465. Critici rispetto alla ristrettezza del precetto, tra gli altri, A. TALA JAPAZ, *op. cit.*, p. 313, nota 4; M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso, 1991, p. 70.

<sup>55</sup> Si veda, tuttavia, L. COUSIÑO MAC-IVER, *op. cit.*, p. 351, secondo cui, nonostante il tenore del precetto, «si possono violare tutti beni giuridici: la proprietà, la libertà, la sfera privata, l'onore, il pudore, ecc. L'unica limitazione (...) è la distruzione di un'altra vita umana o la distruzione dell'integrità corporale». Questa interpretazione ampia della voce «altrui proprietà» — in base alla quale lo strumento extralegale sarebbe innecessario — è piuttosto minoritaria presso il dibattito cileno.

<sup>56</sup> Così, G. LABATUT GLENA, *op. cit.*, p. 104; E. CURY URZÚA, *Derecho penal*, cit., pp. 368-369 y 380, il quale sembra successivamente aver cambiato opinione, secondo quanto si avverte in un lavoro dal titolo assai eloquente. Si veda, *El estado de necesidad en el Código penal chileno y la ampliación de su alcance por vía suprallegal*, cit., pp. 253 e ss.



giustificante extralegale<sup>57</sup>, soluzione storicamente contrastata da settori importanti della dottrina<sup>58</sup>.

La chiarezza delle posizioni che si individuano in merito non riflette però ciò che è davvero in gioco. Sovente coloro che considerano che i casi non coperti dal testo del n. 7 semplicemente non possono ritenersi giustificati muovono da un concetto assai ristretto di antigiusuridicità, il quale ne ignora il carattere valoriale e la riduce alla mera contraddizione tra una condotta umana e una norma giuridica<sup>59</sup>. Che si tratti, infine, di una questione di non poca importanza è confermato dall'arduo dilemma metodologico che devono affrontare coloro che accettano lo strumento extralegale. Vale a dire, come arrivare concretamente alla giustificazione, questione che comporta fare chiarezza sulle differenze tra l'analogia, l'interpretazione analogica e l'interpretazione estensiva, il che è tutt'altro che semplice<sup>60</sup>.

Per quanto riguarda il caso italiano la situazione è diversa. Nella prima parte del precetto si allude, in generale, a «il fatto». Muovendo dalla posizione maggioritaria secondo cui l'espressione «danno grave alla persona» dev'essere letta in senso lato, il ventaglio dei conflitti che l'articolo 54 c.p. può annoverare è considerevolmente più ricco e, dunque, più compatibile — se interpretato come (o anche come) scriminante — con un concetto di antigiusuridicità che vada oltre la cd. antigiusuridicità formale. Perciò, è a nostro avviso apprezzabile che il progetto di riforma totale del c.p. cileno del 2014 — la cui discussione in Parlamento è purtroppo paralizzata — prospetti il conflitto inerente dello stato di necessità sin dall'inizio come conflitto tra «interessi»<sup>61</sup>.

4.3. Un altro fattore che ha inciso sul fatto che all'interno della discussione cilena non vi siano opinioni divergenti a proposito del carattere dell'articolo 10 n. 7 c.p. risiede nel

<sup>57</sup> Così, tra gli altri, M. GARRIDO MONTT, *op. cit.*, pp. 108 e 113; R. FONTECILLA RIQUELME, *op. cit.*, pp. 662; M. DE RIVACOBAY RIVACOBAY, *Las causas de justificación*, cit., pp. 39e ss.; ID., *El proceso de Lieja*, cit., pp. 219 e ss. È stata anche la tesi difesa *en passant* da noi. Si veda, J. P. CASTILLO MORALES, *op. cit.*, pp. 360-363.

<sup>58</sup> Così, A. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *op. cit.*, p. 265; E. NOVOA MONREAL, *Curso*, cit., p. 358, nota 4. Sul punto si veda, *supra*, cap. I, § 2., 2.3

<sup>59</sup> Concezione i cui tratti fondamentali risalgono, tra l'altro, al concettualismo, come di recente sottolinea J. L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi*, cit., p. 162. Si veda, da una prospettiva più dogmatica, E. LARRAURI, *op. cit.*, p. 75, nota 32, in cui inoltre collega l'interesse prevalente alla dottrina dell'antigiusuridicità materiale.

<sup>60</sup> Presso la discussione italiana, si veda l'istruttivo studio di D. CANALE, G. TUZET, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 1, giugno 2014, pp. 149-173.

<sup>61</sup> E questo è così sia nella versione difensiva che aggressiva della scriminante (articoli 21 e 22). Si veda, *Boletín* 9274-07 (10 marzo del 2014).

tenore della circostanza 2<sup>a</sup> («Che esso [il male] sia maggiore di quello prodotto per evitarlo»). Su questo versante, la norma italiana prevede una clausola più aperta che esige che tra il «fatto» (l'aggressione in forma tipica di un bene inserito nel modello di una norma incriminatrice) e il «pericolo» (la rilevante probabilità della lesione di un altro bene, che l'azione necessitata tende a scongiurare) sussista un rapporto di proporzionalità. Anzi, è tale l'ampiezza di questa parte del precetto che proprio su di essa si basa l'interpretazione secondo cui la norma è interpretata sia in senso scriminante che scusante.

Una clausola come quella italiana, infatti, resiste ancora meglio alle critiche rivolte contro l'inaccettabile utilitarismo del principio dell'interesse prevalente, poiché costringe più direttamente l'interprete a considerare altri aspetti al momento di bilanciare<sup>62</sup>. Assumere sin dall'inizio che ciò che si pondera è un «fatto» e un «pericolo» significa di rifiutare qualsiasi possibilità di bilanciamento predefinito *ex ante*, il che è invece interpretativamente consentito dalla la norma cilena. Detto altrimenti, in base alla norma italiana diventa più chiaro che nella ponderazione devono considerarsi, oltre il valore dei beni giuridici in conflitto, aspetti come il grado del pericolo, l'idoneità dell'azione necessaria, il carattere irreparabile o meno nei confronti dei beni giuridici lesi, e via dicendo<sup>63</sup>.

In conclusione, è possibile sostenere che il fatto che il dibattito italiano sia tuttora ancorato al problema della natura giuridica è dovuto alla presenza all'interno dell'articolo 54 c.p. di elementi teoricamente e storicamente «compromessi» con lo stato di necessità scusante. In particolare, ci riferiamo alla clausola d'inapplicabilità ai soggetti qualificati di cui al comma 2<sup>o</sup><sup>64</sup> e, prima ancora, al cd. stato di necessità cogente di cui al comma 3<sup>o</sup><sup>65</sup>. In effetti, non è un caso che la prima venga interpretata come una clausola di inesigibilità, fondamento materiale della colpevolezza normativamente intesa<sup>66</sup> e che, prevista in termini analoghi dalla circostanza 4<sup>a</sup> dell'articolo 10 n. 11 del c.p. cileno, sia ritenuta l'elemento

<sup>62</sup> Ipotizza proprio una conclusione in senso opposto, E. MEZZETTI, «Necessitas», cit., p. 219, giacché l'utilitarismo sarebbe più nitido laddove lo stato di necessità non richieda — come non fa appunto la norma italiana — una smisurata differenza tra il bene salvaguardato e il bene sacrificato. Questa tesi potrebbe essere relativizzata dal momento che la norma in questione (diversamente dalla norma cilena) esige esplicitamente che si tratti di un danno *grave* alla persona.

<sup>63</sup> Infatti, questa è la lettura che della ponderazione difese già G. V. DE FRANCESCO, *op.cit.*, pp. 205 e ss. Più di recente E. MEZZETTI, «Stato di necessità», cit., p. 675; C. FIORE, S FIORE, *op. cit.*, pp. 379-380.

<sup>64</sup> Così, tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 294 («Questo limite all'applicazione dello stato di necessità è del tutto coerente con la sua natura di scusante»). In chiave comparata, G. FORNASARI, *I principi*, cit., pp. 362-363. Meno categorico al riguardo, P. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 409.

<sup>65</sup> Si veda, tra gli altri, F. PALAZZO, *Corso*, cit., pp. 406-407; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 267; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 301; T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 179.

<sup>66</sup> C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, p. 374 e 381-382.

centrale che determinerebbe il carattere scusante del nuovo stato di necessità introdotto nel 2010<sup>67</sup>. Il cd. stato di necessità cogente, il cui tratto essenziale consiste nella fonte che determina l'alterazione motivazionale — la minaccia —, è privo di riconoscimento esplicito presso la legislazione cilena ma è stata comunque ritenuta una scusante — si parla in questi casi di «coazione» — annoverata dall'articolo 10 n. 9 c.p., che prevede la paura insuperabile e la forza irresistibile, oppure dal n. 12, precetto che disciplina l'«omissione per causa insuperabile»<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Così, H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *op. cit.*, p. 274. Quando la clausola viene per l'appunto interpretata nel senso che la scusante non verrà applicata nei confronti dei soggetti che devono sopportare certi rischi per il loro ufficio, esperienza vitale, istruzione, ecc., si apprezza chiaramente la validità della teoria delle norme di cultura di Max Ernst Mayer. Così, J. L. GUZMÁN DALBORA, *La teoría de las normas de cultura*, cit., p. 17; J. P. CASTILLO MORALES, *op. cit.*, p. 352, nota 42.

<sup>68</sup> Così, ad esempio, E. NOVOA MONREAL, *Curso*, p. 566.



## CONCLUSIONI

i) Lo stato di necessità è un concetto giuridico generale. La sua portata va oltre il diritto penale. In tale senso, le particolarità della sua disciplina cambiano a seconda delle necessità specifiche della branca dell'ordinamento di cui trattasi. Perciò, individuare il suo fondamento — lungi dall'essere una vicenda sterile il cui valore sarebbe semmai didattico — diventa un compito dogmatico di prim'ordine.

Una volta chiarito il suo fondamento, sarà possibile definire con più precisione i casi nei quali la sua applicazione si giustifica. Detto altrimenti: una volta che si individui il fondamento e il contenuto preciso di quest'istituto sarà possibile evitare qualsiasi utilizzazione arbitraria di esso. Quest'ultimo aspetto — come abbiamo visto nella prima parte di questo lavoro — è particolarmente importante a proposito del cd. «governo di crisi» o «governo di emergenza», cioè in quelle ipotesi in cui lo stato di necessità viene invocato e «gestito» da parte dell'autorità pubblica. Nell'attualità questo aspetto rileva allorché si tratti di stabilire se sia possibile che l'autorità agisca sotto la copertura del cd. «soccorso di necessità» nei casi in cui si valuti di ricorrere alla tortura del terrorista per ottenere informazioni rilevanti per la sicurezza dello Stato o l'abbattimento di aerei sequestrati che minacciano di distruggere obiettivi sensibili.

Proprio per casi in cui conquiste fondamentali dell'umanità vengono messe in dubbio, diventa importante, del resto, difendere un concetto unitario di antigiusuridicità, il quale, nonostante sia orientato a soddisfare le finalità specifiche di ciascun settore del diritto, non deve perdere di vista che il diritto è uno strumento per gli uomini e non viceversa.

ii) A proposito del fondamento dello stato di necessità, due sono gli indirizzi teorici che predominano: il cd. «principio dell'interesse prevalente» e la cd. «teoria della solidarietà». Da una prospettiva di storia dogmatica abbiamo segnalato che il primo approccio è stato anche oggetto di una evoluzione concettuale condizionata in buona parte dagli eccessi in cui effettivamente incorse. Ci riferiamo, in particolare, alle conseguenze a discapito della dignità umana prodotte dal bilanciamento di beni astrattamente considerati caratteristico del concettualismo, che diede origine alla critica sul presunto utilitarismo della tesi dell'interesse prevalente.

Ebbene, nella descrizione storica e dogmatica che abbiamo svolto nella prima parte di questa indagine è stato dimostrato il legame che vi è tra certi modi di concepire l'oggetto del bilanciamento e alcune delle più importanti scuole di metodologia giuridica. In base a questa descrizione storica abbiamo accertato che stabilire un rapporto indissolubile tra utilitarismo e bilanciamento è sin dall'inizio avventato. Da un'impostazione che prende le mosse dall'impalcatura concettuale e filosofica della cd. giurisprudenza degli interessi e della giurisprudenza dei valori — in quanto stadi ulteriori del concettualismo — diventa chiaro che il bilanciamento ammette anche una spiegazione deontologicamente condizionata. Entrambe le scuole si presentano in effetti come approcci in cui il bilanciamento rifiuta qualsiasi tipo di strumentalizzazione del singolo. Il fatto che il principio dell'interesse prevalente sia la conseguenza dogmatica della cd. antigiusuridicità materiale — tratto curiosamente trascurato dai fautori dell'idea di solidarietà — è una prova assai eloquente in questo senso.

Lungi dall'essere manifestazione dell'utilitarismo, in questa indagine abbiamo difeso la tesi secondo cui l'antigiuridicità (materialmente intesa) si configura allorché la condotta è in contrasto con le norme di cultura che stanno alla base delle fattispecie penali. Sotto questo profilo — il cui più paradigmatico difensore fu Max Ernst Mayer — sono siffatte norme a definire il carattere antisociale della condotta e la rispettiva antigiusuridicità. Diventa logico, pertanto, che la giustificazione venga definita come la contraddizione della supposizione che l'autore, realizzando una fattispecie, ha leso una norma di cultura riconosciuta dallo Stato. In base a quest'impostazione — filosoficamente legata con la cd. «filosofia dei valori» —, si deve ricorrere a siffatte norme per interpretare i casi in cui si verifica un conflitto tra interessi. Da ciò deriva che nell'interpretazione dello stato di necessità, e del conflitto che ne sta alla base, deve considerarsi se la condotta mediante la quale si sacrifica un interesse giuridicamente protetto offende (o meno) gli ideali valoriali della comunità nazionale o internazionale. Detto altrimenti: il principio dell'interesse prevalente può ritenersi l'esito o addirittura l'espressione della gerarchizzazione che avviene all'interno di una determinata comunità a seconda dei valori che in essa si considerino più o meno rilevanti.

iii) Chiedendoci se il valore della solidarietà possa giocare un ruolo determinante nella determinazione dell'interesse prevalente in una situazione di stato di necessità — cioè nella

gerarchizzazione dei valori che una data comunità ritiene chiave per risolvere il conflitto inerente alla scriminate —, alla fine del primo capitolo abbiamo rifiutato tale possibilità data la distonia che presenta la solidarietà nei confronti dell'idea di umanità.

Come ipotesi di lavoro abbiamo analizzato tre approcci diversi rispetto al concetto di solidarietà in quanto fondamento dello stato di necessità. Dopo aver analizzato i suoi tratti fondamentali, abbiamo visto che quello che resiste meglio alle critiche è la cd. «teoria istituzionale». Secondo a quest'impostazione, sarebbe sempre lo Stato attraverso le sue istituzioni a correggere le situazioni di conflitto. Nei casi in cui tale compito non si possa soddisfare materialmente, lo Stato delegherebbe tale compito al singolo. Da un punto di vista del diritto penale, tale delega si traduce nel dovere (positivo) di tollerare che la persona necessitata superi tale necessità a sue spese. Ebbene, nel corso di questa indagine abbiamo sostenuto che questo modo di concepire la solidarietà è abbastanza in linea con ciò che la sociologia e la dottrina costituzionale denomina solidarietà «pubblica» o «verticale». In base a questa concezione, la solidarietà presuppone per principio un rapporto disuguale tra due soggetti — in questo caso, lo Stato e il singolo —. In altre parole, un rapporto di potere. Ecco perché, a nostro avviso, un tale concetto non può fondare un istituto così importante come lo stato di necessità in un diritto penale che aspiri ad essere liberale.

D'altronde, abbiamo visto che i fautori di questo approccio muovono da una concezione ben particolare del diritto. In base a tale impostazione il diritto fungerebbe da strumento rivolto preferibilmente ad assicurare intangibilità tra sfere di autonomia. In tale contesto, dunque, il concetto di solidarietà viene a «correggere» questa indesiderata interazione. Cioè, secondo questo approccio, il conflitto — l'interazione tra i singoli — diventa un fatto del tutto eccezionale. A prescindere dai problemi che una tale impostazione crea a livello dogmatico — si pensi alle nefaste conseguenze di una sopravvalutazione dell'autonomia a discapito della teoria del bene giuridico, ad esempio —, si tratta di una concezione che oltre ad essere smentita dalla realtà è suscettibile di riserve di ordine filosofico.

A nostro avviso il diritto implica per definizione l'interazione tra i soggetti. Anzi, dalla premessa filosofica da cui abbiamo preso le mosse — il personalismo — la dignità umana è raggiungibile solo a partire dalla interazione con altri soggetti. Essendo, pertanto, il rapporto umano (che si svolge in un piano orizzontale) il modo mediante il quale si raggiunge la dignità, si spiega come sia il valore della fraternità — anche detta «solidarietà

orizzontale» — a «nutrire» assiologicamente il bilanciamento degli interessi inerente allo stato di necessità. Lungi dall'essere una «massima formale» o assiologicamente vuota, il bilanciamento o ponderazione che svolge il giudice nello stato di necessità è orientato (o dovrebbe essere orientato) a riprodurre in sede giudiziale ciò che avviene tra gli uomini, ovvero il tratto fraterno mediante il quale la dignità raggiunge la sua completezza. Questo spiega, tra le altre cose, perché il bilanciamento non può ridursi al contemperamento astratto dei beni in conflitto, dovendo invece considerare anche gli «aspetti biografici» dei soggetti coinvolti nella situazione concreta. Solo in base a questo modo di concepire il bilanciamento, lo stato di necessità diventa un istituto più liberale e più vicino all'idea di umanità.

iv) Nonostante il fatto che la tesi della solidarietà nei suoi diversi approcci sia ormai un'impostazione ampiamente accettata presso il dibattito tedesco, la sua accettazione dottrinale in Cile è piuttosto recente. Per quanto concerne il caso italiano essa è praticamente inesistente. In entrambi i paesi prevale la tesi dell'interesse prevalente, la quale, tuttavia, rimane priva di approfondimento diretto dal punto di vista delle sue radici dogmatiche o filosofiche. Questo tratto si avverte soprattutto nella manualistica.

I motivi che abbiamo ipotizzato per spiegare perché questo è accaduto in Italia, malgrado il fatto che la Costituzione preveda tra i suoi principi fondamentali «i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (*ex* articolo 2 Cost.), sono due. In primo luogo, il fatto che la legislazione italiana disciplina in sede civile il diritto che ha il terzo innocente a un equo indennizzo (*ex* articolo 2045 c.c.). Vale a dire, sarebbe questa facoltà a risolvere il dilemma che si pone per il diritto di fronte al fatto che un soggetto completamente estraneo al quadro necessitante deve subirne gli effetti. Inoltre, abbiamo sostenuto che un motivo ulteriore per cui questa dottrina non è stata accolta — nonostante esista in Italia una lunga tradizione di «lettura» del diritto penale a partire *dai* principi costituzionali — può attribuirsi al fatto che la dottrina costituzionale insiste abbastanza sul fatto che i doveri di solidarietà, in quanto doveri positivi, devono essere disciplinati esplicitamente dal legislatore, il che non accadde a proposito del dovere di tolleranza che grava sul terzo innocente in tema di stato di necessità.

La situazione in Cile è alquanto diversa. Da qualche tempo si è avviata nella discussione nazionale la tesi della solidarietà. In particolare, quella che abbiamo individuato come



«istituzionale». Essa muove dalla critica che l'interesse prevalente non è che un luogo comune presso il dibattito cileno. Tale affermazione è a nostro avviso sbagliata se si considerano i legami tra il principio dell'interesse prevalente e l'antigiuridicità materialmente intesa, la quale, all'opposto, si è stata studiata dalla dottrina. Davanti a questo «rimprovero metodologico», finora non si è verificata all'interno della discussione cilena nessuna reazione rivolta a smentire le presunte virtù della teoria della solidarietà, oppure a ripensare la tesi dell'interesse prevalente.

Dal confronto svolto tra la norma cilena e italiana è possibile concludere che, sebbene il fattore quantitativo — cioè quante norme un dato c.p. dedica per disciplinare lo stato di necessità in tutta la sua portata dogmatica — sia importante, esso non è determinante. Il nocciolo della questione continua ad essere il tenore del precetto e le possibilità di interpretazione che si possano trarre da esso. Questa premessa, pur essendo valida in tema di fondamento, è ancora più importante a proposito della discussione sulla natura giuridica dell'istituto. Proprio per questo risulta importante ripensare la disciplina italiana. Dal tenore dell'articolo 54 c.p. non è possibile stabilire in termini assoluti se esso prevede una scriminante o una scusante. Il fatto di rimanere rinchiusi dentro questo circolo dogmatico ha impedito un approfondimento su che cosa si debba intendere per principio dell'interesse prevalente, quando si assume che la disposizione funga da (o anche da) scriminante. Solo tramite una disciplina chiara in questo senso sarà possibile prospettare una teorizzazione del principio che vada oltre il mero riferimento *en passant*.

A nostro giudizio, il merito delle teorie della solidarietà risiede nel fatto che esse condizionano l'interpretazione sistematica dell'istituto. Si tratta di un merito che deve essere sottolineato, poiché grazie a un'interpretazione dello stato di necessità che tenga conto anche delle norme esterne al diritto penale, diventa ancora più completa la valutazione dell'istituto in chiave di umanità. Al di là della tecnica legislativa adottata, è proprio quest'ultima, infatti, l'idea del diritto che qualunque ordinamento dovrebbe perseguire.



## BIBLIOGRAFIA

ACOSTA SÁNCHEZ Juan Domingo. *Artículo 10 n°s 7° y 11° del Código penal. Algunos criterios de delimitación*, in A. VAN WEEZEL (a cura di), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* Santiago del Cile, 2013, pp. 691-713.

ALCÁCER GUIRAO Rafael, *Autonomía, solidaridad y deber de socorro (un apunte histórico)*, in *ADPCP*, t. LIII, 2000, pp. 361-411.

ALEXY Robert, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte generale* (a cura di L. CONTI), Milano, 2003.

ANTOLISEI Francesco, *Problemi penali odierni*, Milano, 1940.

ARMAZA GALDOS Julio, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Arequipa, 1992.

AZZALI Gianpiero, «Stato di necessità», in *Nov. dig. it.* (vol. XVIII), Torino, 1959, pp. 356-377.

BACIGALUPO Enrique, *Manual de Derecho penal*, Bogotá, 1996.

BACIGALUPO Enrique, *Principios de Derecho penal*, Madrid, 1997.

BAGGIO Antonio Maria, *Fraternità o solidarietà? Il ritorno di un dibattito antico*, in *Nuova umanità*,  
in  
<http://nuovaumanita.cittanuova.it/contenutoNUnews.php?idContenuto=333563>, 10 ottobre 2017.

BAGGIO Antonio Maria, *La riscoperta della fraternità nell'epoca del Terzo '89*, in A. M. BAGGIO (a cura di), *Il principio dimenticato*, Roma, 2007, pp. 5-26.

BARATTA Alessandro, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1966.

BARBERA Augusto, *Articolo 2°*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, pp. 50-122.

BARBERIS Mauro, *Legittima difesa e bilanciamento*, in A. BERNARDI, P. BALDASSARE, A. PUGGIOTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, pp. 85-104.

BASILE Fabio, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

BAUMGARTEN Arthur, *Notwehr und Notstand. Eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht*, Tubinga, 1911.

BAYERTZ Kurt, BAURMANN Michael, *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, Trad. di A. Patrucco Becchi (a cura di P. P. PORTINARO), Torino, 2002.

BALDÓ LAVILLA Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcellona, 1994.

BERNAL DEL CASTILLO Jesús, *Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad*, in G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS (a cura di), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle*, Navarra, 2001, pp. 81-99.

BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Lipsia, 1898.

BETTIOL Giuseppe, *Il problema penale*, Palermo, 1948.

BETTIOL Giuseppe, *Diritto penale*, Padova, 1982.

BETTIOL Giuseppe, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 2000.

BETTIOL Giuseppe, *Scritti giuridici*, t. I, Padova, 1966.

BIN Roberto, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

BINDING Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Lipsia, 1885.

BINDING Karl, *Grundriss des Deutschen Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Lipsia, 1913.

BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA Francisco, *Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado*, in M. JIMÉNEZ HUERTA (a cura di), *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 365-383.

BRANDÃO, Cláudio, *Teoria jurídica do crime*, Rio de Janeiro, 2002.

BRICOLA Franco, *Teoria generale del reato*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di Diritto penale*, Vol. I, t. I, Milano, 1997, pp. 539-809.

BRICOLA Franco, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Scritti*, cit., Vol. I, t. II, pp. 1585-1623.

BOBBIO Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

BOCKELMANN Paul, *Hegels Notstandslehre*, Berlino-Lipsia, 1935.

BORGETTO Michel, *La notion de fraternité en Droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Parigi, 1993.

BORGONOVO RE Donata, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in VV.AA., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Una introduzione*, Torino, 2015.

BONINI Sergio, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, Napoli, 2016.

BULLEMORE Vivian, MACKINNON John, *Curso de Derecho penal*, t. II, Santiago del Cile, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2006.

CADOPPI Alberto, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993.

CADOPPI Alberto, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988

CADOPPI Alberto, VENEZIANI Paolo, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015.

CANALE Damiano, TUZET Giovanni, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 1, 2014, pp. 149-173.

CANCIO MELIÁ Manuel, *L'adeguatezza sociale*, in M. PAWLIK, L. CORNACCHIA (a cura di) *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, Napoli, 2015, pp. 103-126.

CANESTRARI Stefano, CORNACCHIA Luigi, DE SIMONE Giulio. *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.

CARBONELL MATEU Juan Carlos, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*,

Madrid, 1982.

CASTILLO MORALES Juan Pablo, *El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa*, in *Polít. crim.* Vol. 11, N° 22, 2016, pp. 340-367, in [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A1.pdf), 31 luglio 2016.

CALDERÓN CEREZO Angel, CHOCLÁN MONTALVO José Antonio, *Manual de Derecho penal*, Madrid, 2005.

CAVALIERE Antonio, *Paternalismo, diritto e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, N° 20, 2013, pp. 421-440.

CAVALLO Vincenzo, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939.

CAVALLO Vincenzo, *Diritto penale. Parte generale*, Vol. II, Napoli, 1955.

CEREZO MIR José, *Curso de Derecho penal español*, Madrid, 2005.

COCA VILA Ivó, *Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo*, in *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, 2011, in: <http://www.indret.com/pdf/789.pdf>, 14 giugno 2016.

COCA VILA Ivó, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, 2016.

COCA VILA Ivó, *La colisión entre razones de obligación en Derecho penal*, in *Indret*, cit., N° 2, 2017, in <http://www.indret.com/pdf/1293.pdf>, 15 maggio 2017.

CORTINA Adela, *Ética sin moral*, Madrid, 2016.

CREUS Carlos, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1988.

CRISAFULLI Vezio, PALADIN Livio, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990.

CONTIERI Enrico, *Lo stato di necessità*, Milano, 1939.

CORNACCHIA Luigi, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabile*, in *Ind. pen.*, Luglio-Dicembre 2013, pp. 247-275.

COSSEDDU Adriana, *El horizonte del derecho “lugar” de las relaciones*, in VV.AA. *Fraternidad y Justicia*, Granada, 2012, pp. 21-54.

COUSIÑO MAC-IVER Luis, *Derecho penal chileno. Parte general*, t. II, Santiago del Chile, 1979.

COUSO SALAS Jaime, *Comentario al artículo 10 n° 7*, in J. COUSO SALAS, H. HERNÁNDEZ BASUALTO (a cura di), *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago del Chile, 2011.

CUERDA RIEZU Antonio, *Sobre el concurso entre causas de justificación*, in *ADPCP*, t. XLIII, 1990, pp. 519-556.

CURY URZÚA Enrique, *El estado de necesidad en el Código penal chileno y la ampliación de su alcance por vía supralegal*” in J. URQUIZO OLAECHEA (a cura di), *Modernas tendencias de Dogmática penal y Política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2007, pp. 253-266.

CURY URZÚA Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Santiago del Chile, 2009.

CURY URZÚA Enrique, *El estado de necesidad en el Código penal chileno*, in J. P. MAÑALICH RAFFO (a cura di), *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Santiago del Chile, 2013, pp. 249-266.



DAHM Georg, *Derecho penal nacionalsocialista y fascista*, in *Revista de derecho penal y criminología* (Buenos Aires), Nº 6, 2013, pp. 243-256.

DE ASSIS TOLEDO Francisco, *Princípios básicos de Direito Penal*, San Paolo, 2007.

DE FRANCESCO Genaro Vittorio. *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978.

DE FRANCESCO Genaro, *Sulle scriminanti*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 270-279.

DE MAGLIE Cristina, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.

DE MAGLIE Cristina, *Società multiculturali e scriminanti*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti*, Bologna, 2010, pp. 69-94.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, *División y fuentes del Derecho positivo*, Valparaíso, 1968.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, *Violencia y justicia*, Valparaíso, 2012.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso, 1991.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires, 1993.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, *Las causas de justificación*, Buenos Aires, 1995.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, *Orden político y orden penal*, in *Revista chilena de Derecho*, Vol. 22, Nº 2, 1995, pp. 201-222.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, *¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?*, in *Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)*, Nº 13, 1998, pp. 109-119.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA M. (a cura di). *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora. Edición crítica con motivo de su centenario*, Valparaíso, 1974.

DE TOLEDO Y UBIETO Emilio, HUERTA TOCILDO Susana, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1986.

DELITALA Giacomo, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

DIAMANTI Francesco, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, pp. 1353-1387.

DIAZ PALOS Fernando, «Estado de necesidad», in *Nueva Enc. Jur. Seix*, t. VIII, pp. 904-922.

DOLCE Raffaele, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957.

DOLCINI Emilio, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979.

DOMÈNECH Antoni, *La metáfora de la fraternidad republicano-democrática revolucionaria y su legado al socialismo contemporáneo*, in *Revista de Estudios Sociales*, N° 46, 2013, pp. 14-23

DONINI Massimo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.

DONINI Massimo, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una «nuova» dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, pp. 1646-1678.

DONINI Massimo, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, pp. 698-734.

DONINI Massimo, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale*, N° 2, 2015, pp. 236-250.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY Alfredo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Santiago del Cile, 1998.

FASSÒ Guido, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. III: Ottocento e Novecento (a cura di C. FARALLI), Bari, 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *La solidaridad como principio constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, N° 30, 2012, pp. 139-181

FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011.

FERRAJOLI Luigi, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. VITALE), Roma-Bari, 2008.

FERRANTE Marcelo, *Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos*, in *Revista Discusiones*, N° 7, 2007, pp. 55-77.

FIANDACA Giovanni, MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.

FIANDACA Giovanni, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

FIANDACA Giovanni, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017.

IORE Carlo, IORE Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016.

IORE Carlo, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.

FIGLIORE Stefano, *Le scriminanti*, in C. FIGLIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessione sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, pp. 87-98.

FIGLIORE Stefano, *Alcune osservazioni a proposito della disciplina delle cause di giustificazione nel progetto Grosso*, in A. M. STILE (a cura di), *Riforma della Parte generale del Codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, Napoli, 2003, pp. 307-322.

FIGLIORELLA Antonio, *Le cause di giustificazione nel pensiero carrariano*, in Francesco Carrara nel primo centenario della morte, Milano, 1991, pp. 327-257.

FONTÁN BALESTRA Carlos, *Derecho penal. Introducción. Parte general* (aggiornato da G. LEDESMA), Buenos Aires, 1998.

FONTECILLA RIQUELME Rafael, *Los problemas jurídicos de las causas supralegales de justificación*, in M. JIMÉNEZ HUERTA (a cura di), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1964.

FORNASARI Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel Diritto penale*, Padova, 1990.

FORNASARI Gabriele, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.

FORNASARI Gabriele, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, pp. 21-54.

FORNASARI Gabriele, *Osservazioni critiche in chiave comparata sulla disciplina delle scusanti nel nuovo Codice penale spagnolo*, in *Ind. pen.*, 1998, pp. 1119-1157.

FORNASARI Gabriele, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto* t. I (*Il governo del corpo*), Milano, 2011, pp. 715-728.

FORNASARI Gabriele, *Il dilemma etico del male minore. Una lettura penalistica dei temi della «carrellologia»*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI, V. TORRE, M. CAIANELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, pp. 205-218.

FORNASARI Gabriele, GUZMÁN DALBORA José Luis, *La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia*, in *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), N° 2, 2015, pp. 3-33.

FORNASARI Gabriele, CORN Emanuele (a cura di), *Codice penale della Repubblica del Cile*, Padova, 2013.

FRISCH Wolfgang, *Derecho penal y solidaridad*, in *InDret*. N° 1, 2016, in: <http://www.indret.com/pdf/1255.pdf>, 28 ottobre 2016.

FRONDIZI Risieri, *¿Qué son los valores?. Introducción a la axiología*, Città del Messico, 2012.

FUENTES FERRARA Danae, *La ponderación de los males en el estado de necesidad. Criterios aplicables a la legislación nacional*, Santiago del Cile, 2009.

GARCÍA MAYNEZ Eduardo, *Ética*, Città del Messico, 1965.

GARCÍA MAYNEZ Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Città del Messico, 1986.

GARRIDO MONTT Mario, *Derecho penal. Parte general* (4 vols.), t. II, Santiago del Cile, 1997.

GARRIDO MONTT Mario, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, Santiago del Cile, 1998.

GIACOBBE Giovanni, *Legittima difesa e stato di necessità nel sistema della responsabilità civile*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato* [Illecito e responsabilità civile] Tomo X, Vol. I, Torino, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG Enrique, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979.

GIMBERNAT ORDEIG Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990.

GIUFFRÈ Felice, *Solidarietà*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, Vol. VI, Milano, 2006, pp. 5624-5629.

GIUFFRÈ Felice, *Il rilievo giuridico della fraternità nel rinnovamento dello Stato sociale*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio di diritto pubblico*, Roma, 2007, pp. 101-126.

GIULIANI-BALESTRINO Ubaldo, *Sul contenuto del dovere di soccorso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 894-909.

GIULIANI-BALESTRINO Ubaldo, *Dovere di soccorso e stato di necessità*, Milano, 1970

GÓMEZ BENÍTEZ José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984.

GONZÁLEZ LILLO Diego, *Sobre la naturaleza garantizadora del Derecho penal*, in *Revista de Filosofía y Ciencias jurídicas*, N° 4, 2014, pp. 7-23, in <http://www.rfycj.cl/wp-content/uploads/2014/07/7-23.pdf>, 21 dicembre 2016.

GONZÁLEZ VICEN Felipe, *Rudolph von Jhering y el problema del método jurídico*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987, pp. 223-248.

GRAF ZU DOHNA Alexander, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle, 1905.

GRASSO Pietro Giuseppe, «Necessità» (diritto pubblico), in *Enc. dir.* (Vol. XXVII), Milano, 1977, pp. 866-882.

GREGORI Giorgio, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969.

GROSSO Carlo Federico, «Necessità» (diritto penale), in *Enc. dir.*, cit., pp. 882-898.

GROSSO Carlo Federico, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964.

GROSSO Carlo Federico (a cura di), *Per un nuovo codice penale II. Relazione della Commissione Grosso*, Padova, 2000.

GUADAGNO GENNARO, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Roma, 1967.

GUERRA ESPINOSA Rodrigo, *Estado de necesidad exculpante: a propósito de actos de defensa por efectos del maltrato a partir de un caso emblemático*, in *Revista de Derecho* (Universidad San Sebastián), N° 20, 2014, pp. 33-79.

GUERRA ESPINOSA Rodrigo, *El estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación del art. 10 N° 11 del Código penal chileno desde la inevitabilidad* (tesi di dottorato), Santiago del Cile, 2015.

GÜNTHER Klaus, *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho penal?*, in C. ROMEO CASABONA (a cura di), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pp. 489-505.

GÜNTHER Klaus, *Clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*, in D. LUZÓN PEÑA, S. MIR PUIG (a cura di), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho penal*, Navarra, 1995, pp. 45-64.

GUZMÁN DALBORA José Luis, *Elementi di filosofia giuridico penale* (a cura di G. FORNASARI, A. MACILLO), Napoli, 2015.

GUZMÁN DALBORA José Luis, *Acerca del valor de la fraternidad en el Derecho penal*, in *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), N° 2, 2016, pp. 23-34.

GUZMÁN DALBORA José Luis, *Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*, in *Revista de derecho penal y criminología* (Madrid), N° 3, 1993, pp. 227-240

GUZMÁN DALBORA José Luis, *Cultura y delito*, Bogotá, 2010.

GUZMÁN DALBORA José Luis, *El estado de necesidad: ¿justificación de la guerra? Agresión y neutralidad en la primera Guerra Mundial*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Buenos Aires), N° 10, 2014, pp. 3-8.

GUZMÁN DALBORA José Luis, *Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político*, in *Revista de Derecho penal y Criminología* (Madrid), N° 11 2014, págs. 93-118.

GUZMÁN DALBORA José Luis, *Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)*, en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 12, 1994, págs. 165-199.

HERNÁNDEZ BASUALTO Héctor, *Comentario al artículo 10 n° 11*, in *Código penal comentado*, cit., pp. 266-275.

HASSEMER Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Trad. di P. ZIFFER, Buenos Aires, 2003.



HASSEMER Winfried, LARRAURI Elena, *Justificación Material y Justificación Procedimental en el Derecho penal*, Madrid, 1997.

HEGEL Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho* (Prologo di Carlos Marx), Buenos Aires, 1968.

HEINITZ Ernst, *Das problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, Breslavia, 1926.

HEINITZ Ernst, *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, in P. BOCKELMANN, W. GALLAS (a cura di), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Gotinga, 1961, pp. 266-289.

HIRSCH Hans-Joachim, *El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana*, in *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Anno 6, N° 10, 2009, pp. 100-133.

HIRSCH Hans-Joachim, *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 758-786.

HIRSCH Hans-Joachim, *La regulación del estado de necesidad*, in *Derecho penal. Obras completas* (4 vol.), t. I, Buenos Aires, 1999.

HRUSCHKA Joachim, *Kant und der Rechtsstaat*, Friburgo-Monaco, 2015.

HURTADO POZO José, *Manual de Derecho penal*, Lima, 2005.

HUSAK Douglas, *Overcriminalization*, New York, 2008.

HUSAK Douglas, *Justification and the Criminal Liability of Accesories*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, N° 80, 1989, pp. 491-520.

IGLESIAS RÍO Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa (consideración especial a las restricciones ético-sociales)*, Granada, 1999.

INSOLERA Gaetano, *Riflessioni sullo stato di necessità*, in *La questione criminale*, N° 1, gennaio-aprile 1980, pp. 65-81.

INZITARI Bruno, «Necessità» (diritto privato), in *Enc. dir.*, cit., pp. 852-866.

ITALIA Vittorio, *Interpretazione sistematica delle «norme» e dei «valori»*, Milano, 1993.

ITZCOVICH Giulio, *L'integrazione europea tra principi e interessi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 2, 2004, pp. 385-424.

JAKOBS Günther, *Derecho penal, Parte general*, Trad. di J. CUELLO CONTRERAS, J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1997.

JAKOBS Günther, *Principios y límites de la justificación*, in *Revista Derecho Penal y Criminología* (Bogotá), vol. 34, N° 97, julio-diciembre de 2013, pp. 13-28.

JAKOBS Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Trad. di M. CANCIO MELIÁ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ, Madrid, 2003.

JESCHECK Hans-Heinrich, WEIGEND Thomas, *Tratado de Derecho penal*, Trad. di M. OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002.

JIMÉNEZ HUERTA Mariano, *La antijuricidad*, Città del Messico, 1952.

JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, *Tratado de Derecho penal* (pubblicati 7 vol.), t. III (*El delito*), Buenos Aires, 1977.

KANT Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, Trad. di A. CORTINA ORTS, J. CONILL SANCHO, Madrid, 2005.

KELSEN Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Trad. di W. ROCES, Città del Messico, 1987.

KELSEN Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Trad. di E. GARCÍA MAYNEZ, Città del Messico, 1995.

LABATUT GLENA Gustavo, *Derecho penal*, (2 vols.), t. I, (aggiornata da J. ZENTENO VARGAS), Santiago del Cile, 1992.

LAMBERTI ZANARDI Pierluigi, «Necessità» (diritto internazionale), in *Enc. dir.*, cit., pp. 898-906.

LARENZ Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlino-Heidelberg, 1991.

LASK Emil, *Filosofia giuridica* (a cura di A. CARRINO), Napoli, 1984.

LEONE Mauro, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1970.

LENCKNER Theodor, *Der rechtfertigende Notstand*, Tubinga, 1965.

LÓPEZ MESA Marcelo, CESANO José Daniel, *Antijuridicidad y causas de justificación*, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

LOEWENSTEIN Karl, *Teoría de la Constitución*, Trad. di A. GALLEGU ANABITARTE, Barcellona, 1970.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcellona 1978.  
ID. *Causas de atipicidad y causas de justificación*, in *Causas de Justificación*, cit., pp. 21-43.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *Parte general del Derecho penal*, Navarra, 2005.

RAWLS John, *Una teoria della giustizia*, Trad. di U. SANTINI, Milano, 2017.

RECASÉNS SICHES Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Città del Messico, 1975.

REYES ECHANDÍA Alfonso, *Antijuridicidad*, Bogotá, 1989.

ROBLES PLANAS Ricardo, *Legítima defensa, empresa y patrimonio*, in *Polít. crim.* Vol. 11, N° 22, Art. 11, pp. 704-720 in [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A11.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A11.pdf), 22 agosto 2017.

ROBLES PLANAS Ricardo, *En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos*, in D. LUZÓN PEÑA (a cura di), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 445-473.

ROBLES PLANAS Ricardo, *Deberes negativos y deberes positivos en Derecho penal*, in *InDret*, N° 4, 2013, in <http://www.indret.com/pdf/1008.pdf>, 10 novembre 2016.

ROBLES PLANAS Ricardo, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

RODRÍGUEZ DEVESA José María, SERRANO GÓMEZ Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1994.

MALINVERNI Alessandro, *L'esercizio del diritto. Un metodo d'interpretazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 367-386.

MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015.

MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2005.

MANTOVANI Ferrando, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 432-449

MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale* (a cura di G. D. PISAPIA e aggiornato da P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA), Vol. II, Torino, 1981.

MAÑALICH RAFFO Juan Pablo, *El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno*, in *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, N° 1, 2011, pp. 87-115.

MAÑALICH RAFFO Juan Pablo, *El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno, Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, cit., pp. 715-742.

MAÑALICH RAFFO Juan Pablo, *Normas permisivas y deberes de tolerancia*, in *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, 2014, pp. 473-522.

MARAZZITA Giuseppe, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003.

MARINUCCI Giorgio, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1190-1248.

MARINUCCI Giorgio, «Cause di giustificazione», in *Dig. disc. pen.* (Vol. II), Torino, 1988, pp. 130-144.

MARINUCCI Giorgio, *Il reato come 'azione'*, Milano, 1971

MARINUCCI Giorgio, DOLCINI Emilio, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2015.

MARTÍN LORENZO María, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009.

MASSA PINTO Ilenia, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: 'come se' fossimo fratelli*, Napoli, 2011.

MASSARI Eduardo, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930.

MATTIONI Angelo, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in *La fraternità*, pp. 7-43.

MAYER Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Trad. di J. L. GUZMÁN DALBORA, Buenos Aires, 2000.

MAYER Max Ernst, *Derecho penal. Parte general*, Trad. di S. POLITOFF LIFSCHITZ, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

MAYER Max Ernst, *Filosofía del Derecho*, Trad. di L. LEGAZ Y LACAMBRA, Montevideo-Buenos Aires, 2015.

MAZZON Riccardo, *Le cause di giustificazione*, Padova, 2006.

MEIßNER Andreas, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, Berlino, 1990.

MERKEL Reinhard, *La Filosofía, ¿«convidado de piedra» en el debate del Derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos (y algunos equívocos generalizados a propósito de la cláusula de ponderación de intereses en el estado de necesidad: primer inciso del § 34 StGB)*, in *La insostenible situación del Derecho penal*, cit., pp. 181-212.

MEZGER Edmund, *Strafrecht*, Berlino-Monaco, 1949.

MEZGER Edmund, *Diritto penale (Strafrecht)*, Trad. di F. MANDALARI, Filippo, Padova, 1935.

MEZZETTI Enrico, «Stato di necessità», in *Dig. disc. pen.* (Vol. XIII), Torino, 1997, pp. 670-688.

MEZZETTI Enrico, «Necessitas non habet legem?» *Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000.

MIELE Pasquale, «Cause di giustificazione», in *Enc. dir.* (Vol. VI), 1960, pp. 590-598.

MILITELLO Vincenzo, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 826-862.

MILLAS JIMÉNEZ Jorge, *Filosofía del Derecho* (a cura di J. O. COFRÉ), Santiago del Cile, 2012.

MILLAS JIMÉNEZ Jorge, *Idea de la individualidad*, Santiago del Cile, 2009.

MIR PUIG Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcellona, 2005.

MOCCIA Sergio, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 343-374.

MOLARI Alfredo, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964.

MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *Estado de necesidad y Justificación Penal*, Bogotá, 2009.

MORESO Juan José, *Principio de legalidad y causas de justificación*, in *Doxa*, N° 24, 2001, pp. 525-545

MORO Aldo, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947.

MORO Aldo, *Lezione di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma* (a cura di F. TRITTO), Bari, 2005.

MOUNIER Emmanuel, *Il personalismo* (a cura di G. CAMPANINI, M. PESENTI), Roma, 2014.

MUÑOZ CONDE Francisco, GARCÍA ARÁN Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2004.

NEUMANN Ulf, *Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstand“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip*, in A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (a cura di), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, 2013, pp. 155 e ss.

NOLL Peter, *Tatbestand und Rechwidrigkeit. Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *ZstW*, 1965, pp. 1-36

NOVOA MONREAL Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general* (2 vol.), t. I, Santiago del Chile, 2005.

NOVOA MONREAL Eduardo, *Fundamento de los delitos de omisión*, Buenos Aires, 1984.

NOVOA MONREAL Eduardo, *Alternativas y trances del derecho penal de hoy*, in *ADPCP*, 1978, pp. 521-543.

NUÑEZ Ricardo, *Manual de Derecho penal. Parte general* (edizione aggiornata da R. SPINKA, F. GONZÁLEZ, Cordova, 1999).

NUVOLONE Pietro, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.

ORMANNI A. «Stato di necessità» (diritto romano), in *Enc. dir.*, cit., pp. 822-847.

OSSANDÓN WIDOW María Magdalena, *Aborto y justificación*, in *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 N° 2, 2012, pp. 325-369.



OSOUF Mona, *Fraternità*, in F. FURET, M. OSOUF (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Milano, 1988, pp. 657-666.

PADOVANI Tulio, *Diritto penale*, Milano, 2012.

PALAZZO Francesco, *Corso di Diritto penale*, Torino, 2016.

PALAZZO Francesco, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1033-1061.

PAWLIK Michael, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcellona, 2016.

PAWLIK Michael, *Solidaridad como categoría de legitimación jurídico-penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 27, 2017, pp. 222-247.

PAWLIK Michael, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätsflichten*, Berlino-New York, 2002.

PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio, *Teoria dei diritti fondamentali* (a cura di V. FERRARI), Milano, 1993.

PEÑA WASAFF Silvia, *El estado de necesidad en el Derecho penal chileno y comparado* (tesi di laurea), Valparaiso, 1974.

PÉREZ ROYO Javier, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, 2007.

PERRON Walter, § 34 *Rechtfertigender Notstand*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Monaco, 2010, pp. 654 e ss.

PETROCELLI Biagio, *L'antigiuridicità*, Padova, 1959.

PICIOCCHI Cinzia, *I diritti inviolabili*, in C. CASONATO (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010, pp. 85-100.

PINO Giorgio, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 56, N° 1, 2011, pp. 965-997.

PISA Paolo, «Cause di giustificazione», in AA.VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013.

PISARELLO Gerardo, *Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación*, in *Revista de Estudios Sociales*, N° 46, 2013, pp. 86-97.

PIZZOLATO Filippo, *Il principio costituzionale di fraternità*, Roma, 2012.

PIZZOLATO Filippo, *Del personalismo alla fraternità: fondamenti e condizioni per una solidarietà pubblica*, in *La fraternità*, cit., pp. 45-60.

PIZZOLATO Filippo, *La fraternità come trama delle istituzioni*, in *Aggiornamenti sociali*, marzo 2013, pp. 200-207.

PIZZOLATO Filippo, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Il principio dimenticato*, cit., pp. 211-226.

POLITOFF LIFSCHITZ Sergio, *Derecho penal*, t. I, Santiago del Cile, 1997.

POLITOFF LIFSCHITZ Sergio, *El papel del factor subjetivo en las causas de justificación*, in L. LUISI, M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, J. L. GUZMÁN DALBORA, S. POLITOFF LIFSCHITZ (a cura di), *Política criminal y reforma penal* Santiago del Cile, 1996, pp. 67-107.

POLITOFF LIFSCHITZ Sergio, MATUS ACUÑA Jean Pierre, *Artículo 10 n° 7*, in S. POLITOFF LIFSCHITZ, L. ORTÍZ QUIROGA (a cura di), *Texto y comentario del Código penal chileno*, Santiago del Cile, 2002, pp. 140-144.

POLITOFF LIFSCHITZ Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, Santiago del Cile, 2003.

POLITOFF LIFSCHITZ Sergio, BUSTOS RAMÍREZ Juan, GRISOLÍA CORBATÓN Francisco, *Derecho penal. Parte especial (Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas)*, Santiago del Cile, 1992.

PULITANÒ Domenico, *Diritto penale*, Torino, 2015.

PULITANÒ Domenico, *Legittima difesa: fra retorica e problem reali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, disponibile in: [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/PULITANO\\_2017c.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/PULITANO_2017c.pdf), 8 luglio 2017.

QUINTANA BENAVIDES Augusto, *El principio de solidaridad en la Constitución*, in *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2/3, 1993, pp. 635-638.

RADBRUCH Gustav, *Filosofía del Derecho*, Trad. di J. MEDINA ECHAVARRÍA, Madrid, 2008.

RADBRUCH Gustav, *Tres estudios de Filosofía del Derecho y una arenga para los jóvenes juristas*, Trad. di J. L. GUZMÁN DALBORA, Montevideo-Buenos Aires, 2013.

RADBRUCH Gustav, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, Trad. di J. L. GUZMÁN DALBORA, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

RADBRUCH Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trad. di W. ROCES, Città del Messico, 1965.

REGIS PRADO Luis, *Curso de Direito penal brasileiro, Parte Geral*, San Paolo, 1999.

RENZIKOWSKI Joachim, *Notstand und Notwehr*, Berlino, 1994.

RIVERDITI Maurizio, *Dovere di solidarietà e protezione penale*, in R. CAVALLO PERIN, L. LENTI, G.M. RACCA, A. ROSSI (a cura di), *I diritti social come diritti della personalità*, Napoli, 2010, pp. 211-232.

ROCCO Arturo, *Opere giuridiche*, Vol. I, Roma, 1932.

RODOTÀ Stefano, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2016.

ROLDÁN BARBERO Horacio, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, in *Cuadernos de Política-criminal*, N° 20, 1983, pp. 469-550.

ROMANO Mario, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 55-71.

ROMANO Mario, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 40-54.

ROSSI Emmanuele, *Commentario Costituzione – Art. 2*, in *Sistema Leggi d'Italia. Commentario alla Costituzione*.

ROSSI EMMANUELE, BONOMI Andrea, *La fraternità, tra “obbligo” e “libertà”*, in *La fraternità*, cit., pp. 61-100.

ROXIN Claus, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale* (a cura di S. MOCCIA), Napoli, 1996.

ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general* (t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito) Trad. di D-M. LUZÓN PEÑA, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, J. DE VICENTE REMESAL, Madrid, 1997.

ROXIN Claus, *Politica criminale e sistema del Diritto penale* (a cura di S. MOCCIA), Napoli, 1986.

SANTIBÁNEZ TORRES María Elena, VARGAS PINTO Tatiana. *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1, pp. 193-207

SCARANO Luigi, *La non esigibilità nel diritto*, Napoli, 1948.

SCHAFFSTEIN Friedrich, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, in *ZStW*, 1936, pp. 18-36.

SCHIAFFO Francesco, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.

SCHLINK Bernhard, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlino, 1975

SEELMANN Kurt, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Madrid, 2013.

SEELMANN Kurt, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, Heidelberg-Amburgo, 1978.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, in *Revista Discusiones*, N° 7, 2007, pp. 25-56.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Sobre la «interpretación» teleológica en el Derecho penal*, in M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, J.A. DÍAZ AMADO (a cura di), *Estudios de Filosofía de Derecho penal* Bogotá, 2006, pp. 365-395.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998.

SMITH Andrew F., *Defense of Homelessness*, in *J Value Inquiry*, 2014, pp. 33-51

SOLER Sebastián, *Derecho penal argentino* (5 vols.) t. I, (aggiornato da G. FIERRO), Buenos Aires, 1992.

SPENA Alessandro, *Diritti e giustificazioni, come causa di esclusione dell'illecito penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, pp. 315-340.

STAMMLER Rudolph, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911.

STAMMLER Rudolph, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlino-Lipsia, 1923.

STRATENWERTH Gunther, KUHLEN Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Monaco, 2011.

STUART MILL John, *Utilitarismo*, Trad. di E. MUSACCHIO, Bologna, 1981.

SQUELLA NARDUCCI Agustín, *Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, pp. 254-266.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos (a cura di), *Manual de Derecho penal*, Navarra, 2006.

TALA JAPAZ Alberto, *La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad*, in *Revista chilena de Derecho*, Vol. XIV, N° 2-3, 1987, pp. 313-333.

TAVARES Juarez, *Teoría del injusto penal*, Trad. di M. PEREIRA, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

TAVARES Juarez, *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Trad. di M. CUÑARRO, Buenos Aires, 2004.

TAVARES Juarez, *Teorías del delito*, Trad. di N. PESSOA, Buenos Aires, 1983.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA Carmen, *El efecto oclusivo entre las causas de justificación*, Granada, 2009.

VALLE MUÑIZ José Manuel, *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*, in *ADPCP*, t. XLV, 1992, pp. 561-612.

VARONA GÓMEZ Daniel, *Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Madrid, 2005.

VARONA GÓMEZ Daniel, *El miedo insuperable: la «ética del hormiguero»: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010, pp. 59-94.

VENAFRO Emma. *Scusanti*, Torino, 2002.

VIDAL DEL RÍO Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Santiago del Chile, 2006.

VIDAL MOYA Víctor, *Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la Ley 20.480*, in *Ars boni et aequi*, N° 2, 2013, pp. 237-253.

VIGANÒ Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

VIGANÒ Francesco, «Stato di necessità» (dir. pen.), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., pp. 5715-5729.

VILLEGAS DÍAZ Myrna, SANDRINI CARREÑO Renata, *Estado de necesidad y mujeres homicidas*, *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 16, 2014, pp. 61-84.

WESSELS Johannes, *Derecho penal. Parte general*, Trad. di C. FINZI, Buenos Aires, 1980.

WELZEL Hans, *Derecho penal. Parte general*, Trad. di C. FONTÁN BALESTRA, Buenos Aires, 1956.

WILENMANN VON BERNATH Javier, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, 2017.

WILENMANN VON BERNATH Javier, *El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno*, in *Revista de Derecho*, Vol. XXVII, N° 1, 2014, pp. 213-244.

WILENMANN VON BERNATH Javier, *El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal*, in *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 3, 2014, in: <http://www.indret.com/pdf/10062.pdf>, 02 luglio 2016.

VALENTINI Vico, *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1326-1376.

VAN WEEZEL DE LA CRUZ Alex, *Solidaridad en el tráfico motorizado. El delito de omisión de auxilio en caso de accidente*, in *Doctrina y jurisprudencia penal. Relevancia jurídica del tráfico vial. Principales problemas y guías de solución*, Santiago del Chile, 2014, pp. 191-204.

VAN WEEZEL DE LA CRUZ Alex, *Caso Agresor dormido. El problema del «tirano doméstico»*. SCA San Miguel, 27/03/2013, Rol N° 133-2013, in T. VARGAS PINTO (a cura di), *Casos destacados. Derecho penal*, Santiago del Chile, 2015, pp. 337-356.

VAN WEEZEL DE LA CRUZ Alex, *Necesidad justificante y solidaridad*, C. CÁRDENAS ARAVENA, J. FERDMAN NIEDMAN, Jorge (a cura di), *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* Santiago del Chile, 2016, pp. 213-230.



VARGAS PINTO Tatiana, HENRÍQUEZ HERRERA Ian. *La defensa de necesidad en la regulación penal chilena. Aproximación dogmática a partir de una reforma*, in *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 15, N° 2, 2013, pp. 11-39, in <http://www.redalyc.org/pdf/733/73329808002.pdf>, 10 ottobre 2017.

VINCIGUERRA Sergio (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 1994.

VON JHERING Rudolph: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Lipsia, 1923.

VON KUTSCHERA Franz, *Fundamentos de ética*, TRAD. DI M. T. HERNÁN-PÉREZ, Madrid, 2006.

VON LISZT Franz, *Tratado de derecho penal*, Trad. di L. JIMÉNEZ DE ASÚA, t. II, Madrid, [senza anno].

ZAFFARONI Raúl, *Tratado de Derecho penal*, (5 vols.), t. III, Buenos Aires, 1996.

ZAFFARONI Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2002.